# Über die rechtliche Gestaltung des Nachverfahrens nach den Vorbehaltsurteilen der Reichs-Zivilprozessordnung.

---

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

**Wilhelm Schulz**

Referendar aus **Hohenwoos.**

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

**Rostock.**

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1907.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553618_0003

# Inhaltsverzeichnis.


§ 1. Einleitung . . . . . 1
§ 2. Die rechtliche Natur der Vorbehaltsurteile . . . 3
§ 3. Zuständigkeit für das Nachverfahren . . . . . 14
§ 4. Beginn des Nachverfahrens . . . . . 27
§ 5. Gleichzeitigkeit von Vor- und Nachverfahren . . 32
§ 6. Versäumnis im Nachverfahren . . . . . 38
§ 7. Einfluß des Vorverfahrens auf das Nachverfahren 45
§ 8. Schadensersatz . . . . . 51
§ 9. Einfluß des Konkurses auf das Nachverfahren . 59
§ 10. Kosten . . . . . 63

# Literaturverzeichnis.

## A. Kommentare, Lehrbücher etc.


Bunsen, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Berlin 1900.

v. Bülow, Die Zivilprozeßordnung und ihre Nebengesetze. 2. Aufl. Hannover 1882.

Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. 3. Bände. Berlin 1878/79.

Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Staaten. Hannover 1864. 1. Lesung.

Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Staaten. 2. Lesung.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung für den norddeutschen Bund. Berlin 1870.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. Berlin 1874.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 11. Aufl. 1903.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.

Faull, Begriff und praktische Bedeutung des Zwischenstreits. Rost. Dissert. 1893.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 6. und 7. Aufl. 1904.

Hellmann, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 3 Bände. Erlangen 1878/79.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1886.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I 1903 und Bd. II 1907.

Jäger, Konkursordnung. 2. Aufl. 1904.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1905.

Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.

Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.

Krauß, Das Urteil unter Vorbehalt der Rechte im Urkundenprozeß. Freib. Dissert. 1896.

v. Kries, Rechtsmittel. 1880.

Kroll, Klage und Einrede. Berlin 1884.

Langheineken, Urteilsanspruch. Leipzig 1899.

Marwitz, Das Urteil in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Berlin 1902.

Neukamp, Die Zivilprozeßordnung. Göttingen 1899.

Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 2 Bände. 1887, 1891 und 1896.

Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 5. Aufl. 1904.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung. 4. Aufl. 1901.

Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 7. Aufl. Berlin 1904.

Reincke, Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 5. Aufl. 1904.

v. Sarwey, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 2 Bände. Berlin 1879/80.

v. Sarwey-Bossert, Konkursordnung. 4. Aufl. 1901.

Schmidt, R. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.

Schollmeyer, Zwischenstreit. 1880.

Struckmann-Koch, Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8. Aufl. 1901.

Troll, Versäumnisurteil. 1887.
Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts. 1885.
Wach, Vorträge über die Reichs-Zivilprozeßordnung. Bonn. 2. Aufl. 1896.
Weismann, Lehrhuch des Zivilprozeßrechts. Band I. 1903.
Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
v. Wilmowski-Levy, Reichszivilprozeßordnung. 7. Aufl. 1895.
Zeitlmann, Über den Einfluß des Zwischenurteils. München 1893.

### B. Zeitschriften, Entscheidungen etc.

Badische Annalen, Band 51.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Band 16.
Busch' Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, herausgeg. von Schultzenstein u. Vierhaus, Band 3, 6, 9, 10, 12, 21, 22, 24 und 27.
Centralblatt für Rechtswissenschaft. Band 19.
„Das Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand. Jahrg. 1900 und 1906.
Deutsche Juristen-Zeitung. Jahrg. 1906.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Band 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 27, 29, 34, 45, 47 u. 57.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 22, 25, 26, 30, 34, 39, 43 und 45.
Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt, Civilrechtliche Fälle, Band 13, 17 u. 18.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins. Jahrg. 1882, 1883, 1885, 1889, 1895, 1897 und 1900.
Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Band 5.

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, herausgeg. von Birckmeyer u. Altvater, Band 8.

Neumanns Jahrbuch des deutschen Rechts. 3. Jahrgang, 2 Bände.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgeg. von Mugdan u. Falkmann, Band 7 und 11.

Sächsische Annalen, Annalen des Königl. sächs. Oberlandesgerichts Dresden, Band 3.

Sächsisches Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß, Band 8 und 13.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Band 37, 40, 41, 44, 45, 48, 49, 50, 53, 55.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Band 51, 59 und 61.

Zeitschrift für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts, herausgeg. von Perl u. Wreschner, Band 2, 5 und 11.

§ 1.

## Einleitung.

Urteile unter Vorbehalt eines Nachverfahrens kennt die C.P.O. in 3 Fällen:

1. Wird gegen die Klageforderung die Aufrechnung einer mit ihr nicht in rechtlichem Zusammenhange stehenden Gegenforderung geltend gemacht, so kann über die erstere allein unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erkannt werden (§ 302 C.P.O.).

2. Werden in der Berufungsinstanz die Aufrechnung einer Gegenforderung oder sonstige verspätet vorgebrachte Verteidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten in dem Urteile vorzubehalten (§§ 529, Abs. 3, 540 C.P.O.).

3. Im Urkunden- und Wechselprozeß ist dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Anspruche widersprochen, in allen Fällen, in denen er verurteilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten (§ 599 C.P.O.).

Das Nachverfahren hat den Zweck, dem Beklagten die Ergänzung seiner Verteidigung zu ermöglichen oder, wie das Reichsgericht[1]) sich ausdrückt, dem

---

[1]) R. G. in Zivils. 45, 431.

Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, etwa verkürztes materielles Recht zur Geltung zu bringen und dadurch eine Änderung oder Aufhebung des Vorbehaltsurteiles herbeizuführen. Während der Vorbehalt im Urkunden- und Wechselprozeß aber auf bestimmte Einwendungen nicht beschränkt ist, also ein genereller ist, hat sich das Nachverfahren in den Fällen der §§ 302 und 540 C. P. O. nur auf diejenigen Einwendungen zu beschränken, die dem Beklagten in der Urteilsformel [2]) vorbehalten sind, wie denn auch das Vorbehaltsurteil nur ihretwegen aufgehoben werden kann. In dem Nachverfahren des § 302 C. P. O. handelt es sich daher nur um die Frage, ob die Gegenforderung begründet und bewiesen ist, im Nachverfahren des § 540 C. P. O. darum, ob die vorbehaltenen Verteidigungsmittel bewiesen sind [3]).

Notwendige Voraussetzung des Vorbehaltsurteils ist die, wenn auch nur teilweise erfolgende, Verurteilung des Beklagten. In einem Fall muß allerdings auch bei Abweisung der Klage ein Vorbehalt ausgesprochen werden dürfen: nämlich dann [4]), wenn der Anspruch bestritten ist, der Beklagte außer mehreren anderen illiquiden Einreden die liquide Einrede der Kompensation geltend macht und die Abweisung infolgedessen, wenn

---

[2]) R. G. in Zivils. 47, 365; ein in den Gründen ausgesprochener Vorbehalt genügt nicht.

[3]) Vgl. Marwitz, Urteil in bürgerl. Rechtstreitigkeiten, S. 57.

[4]) Wie Kohler, prozeßrechtliche Forschungen, S. 118 flg., ausführt.

man der von Stölzel[5]) vertretenen Klagabweisungstheorie folgt, nur wegen der Aufrechnung der Gegenforderung erfolgt. Der Beklagte wird hierdurch zwar frei, geht aber zugleich auch seiner zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung verlustig, während er diese bei ihm gegebener Möglichkeit der Liquidstellung der illiquiden Einreden vielleicht behalten hätte. Daher muß dem Beklagten Gelegenheit gewährt werden können, im Nachverfahren das Nichtbestehen des Klageanspruchs klarzulegen, indem er seine illiquiden Einreden nun liquide stellt, wodurch die Kompensationseinrede garnicht in Tätigkeit tritt und so die Gegenforderung erhalten bleibt[6]).

## § 2.

## Die rechtliche Natur der Vorbehaltsurteile.

### I.

### Die verschiedenen Ansichten über die rechtliche Natur der Vorbehaltsurteile.

Da das Vorbehaltsurteil die Basis des ganzen Nachverfahrens ist, so interessiert zunächst die Frage nach der rechtlichen Natur dieser Urteile.

In den §§ 302, 540, 599 C.P.O. heißt es: Das Urteil, welches unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung bezw. unter Vorbehalt der Geltendmachung von Verteidigungsmitteln bezw. unter Vor-

[5]) Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. II.

[6]) Vgl. Kohler, a. a. O.; Marwitz, S. 55 flg.

behalt der Ausführung der Rechte ergeht, ist inbetreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen. Das heißt m. a. W. — mit der C. P. O. gesprochen —: Nur inbetreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung ist dieses Urteil als Endurteil anzusehen, im übrigen ist es ein Zwischenurteil. Ob der Gesetzgeber dies tatsächlich gemeint hat, ist nicht festzustellen, aber auch irrelevant, da, wie Gaupp-Stein[1]) bemerkt, das Gesetz sich mit der Formulierung der praktischen Wirkungen begnügen kann, im übrigen diese Streitfrage der Wissenschaft überlassend.

Da nun, wie gesagt, diese Frage eine offene ist, sind die Meinungen hierüber in Theorie und Praxis sehr auseinandergehend. Die einen bezeichnen es als Zwischenurteil[2]), während eine andere Meinung darin

[1]) I, 689 sub III.

[2]) So Wach, Vorträge, S. 114, der die Vorbehaltsurteile als eigenartige Fälle von Zwischenurteilen bezeichnet; Planck, Lehrbuch, Bd. I, S. 160, Nr. 60, 456; vgl. aber II, 438, wo von einem resolut. bedingten Urteil gesprochen wird; R. G. in Zivils. 12, 374; O. L. G. Kiel in Seufferts Archiv 41, Nr. 79; Meyer, im „Rechte", Jahrg. 1900, S. 282; Struckmann-Koch, Anm. 2 zu § 302, Anm. 4c zu § 540, Anm. 4 zu § 599; Petersen-Anger, Anm. 4 zu § 540 u. Anm. 3 zu § 599, Anm. 4 zu § 302; R. G. in Zivils., Bd. 10, S. 106 flg., Bd. 7, S. 421 flg.; Jur. Wochenschr., 1889, S. 305, Nr. 7; Weismann, Lehrbuch, S. 211 zu § 302, S. 439 zu § 540, S. 523 zu § 599; v. Sarwey, Kommentar, Bd. II, S. 17; v. Bülow, bei Gruchot, Bd. 22, S. 826, 828; v. Bülow, Kommentar, Anm. 4 zu § 562 (a. F.); Wach,

ein Endurteil, und zwar meistens ein resolutiv bedingtes sieht[3]). Brettner[4]) bemerkt inbezug auf die Vor-

Handbuch, S. 230, 304, 597; Neukamp, Anm. 2a zu 540; Reincke, zu § 599; Kroll, Klage und Einrede, S. 299; Brettner, im Magazin f. d. deutsche Recht, V, 298.

[3]) So Gaupp-Stein, zu § 302, 540, 600; Hellmann, Lehrbuch, S. 309, 671, 941, die von einem resolutiv bedingten Endurteil sprechen; Wilmowski-Levy, der von einem „vorläufigen" (Anm. 6 zu § 502 a. F.) bezw. „provisorischen" Endurteil (Anm. 3 zu § 562 a. F.) spricht; ebenso sagt Schollmeyer, Zwischenstreit, S. 31, Nr. 1: Die in den Fällen der §§ 540, 599 ergehenden Urteile sind provisorische Endurteile, Urteile, welche nach summarischer Kognition erlassen werden; Krauss, Vorbehaltsurteil im Urkunden- und Wechselprozeß, S. 34, glaubt übrigens irrtümlich, daß Schollmeyer das Vorbehaltsurteil für ein Zwischenurteil hält (vgl. hierzu Stein, Urkunden-Prozeß, S. 348, Anm. 5, und Brettner im Magazin für d. Recht der Gegenwart, V, 298; Bunsen in Busch' Zeitschrift, Bd. 27, S. 387 flg., faßt das Vorbehaltsurteil als ein Endurteil besonderer Art auf; Seuffert, Kommentar, bezeichnet alle 3 Urteile als Endurteile mit auflösender Bedingung; vgl. ferner Kohler, Proz. als Rechtsverhältnis, S. 78 u. S. 137; Kohler, prozeßrechtliche Forschungen S. 114; als Teilurteil bezeichnet es Bozi im „Recht", Jahrg. 1900, S. 207; Brettner, im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. V., 98, 297.

[4]) In Busch' Zeitschrift 3, 345. Ähnlich R. Schmidt, Lehrbuch, S. 580 u. 734, der die Vorbehaltsurteile als Zwischenurteile eigener Art charakterisiert, die man ebensowohl als auflösend bedingte Endurteile bezeichnen könne. Im Vorbehaltsurteil stießen Endurteil und Zwischenurteil zusammen. Vgl. auch Kleinfeller, Lehrbuch, S. 220.

behaltsurteile der §§ 540 und 599, daß man sie weder als reine Endurteile noch auch als Zwischenurteile bezeichnen dürfe; es seien vorläufige, interimistische. Eine noch größere Zwitterstellung schreibt Stein[5]) dem Vorbehaltsurteil zu, wonach das Urteil des § 599 zugleich definitives Endurteil, resolutiv bedingtes Endurteil und Zwischenurteil ist[6]).

## II.

### End- und Zwischenurteile.

Wie die Motive[7]) ausführen, versteht die C. P. O. unter Endurteilen diejenigen Urteile, welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder teilweise (Teilurteile) in unbedingter oder — durch Eid — bedingter Weise endlich entscheiden. Diese Definition ist indessen insofern nicht ganz genau, als hiernach nur Urteile zur Hauptsache als Endurteile angesehen werden dürfen, während zu diesen doch auch solche Urteile rechnen, die, ohne auf die Hauptsache einzugehen, den Rechtsstreit aus prozessualen Gründen beendigen, z. B. auf Grund prozeßhindernder Einreden. Daher haben wir unter Endurteilen diejenigen Urteile zu verstehen, welche den Prozeß ganz oder teilweise, in unbedingter oder — durch Eid —

[5]) Urkunden und Wechselprozeß, S. 345 flg., hauptsächlich S. 348.

[6]) Ähnlich Krauss, Vorbehaltsurteil, S. 42 flg.

[7]) S. 217.

bedingter Weise für die Instanz erledigen[8]). Den Gegensatz bildet das Zwischenurteil[9]), das sich dahin charakterisiert, daß es das Endurteil vorbereitet. Es bildet einen antizipierten Bestandteil der Entscheidungsgründe des Endurteils und kann daher im allgemeinen nur mit diesem selbst durch Rechtsmittel angefochten werden. Das Zwischenurteil kann keinen Anspruch zuerkennen oder abweisen, sondern nur ein einzelnes Urteilselement — eine Klagebegründung, eine Einrede, eine Replik — feststellen bezw. verwerfen[10]). Man sagt auch, es werde durch das Zwischenurteil ein qualitativer Bestandteil des Prozesses, dessen Entscheidung für das Endurteil präjudiziell ist, im voraus erledigt. Das Gesetz nennt als Zwischenurteile:

1. Das Urteil, welches über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel entscheidet (§ 303 Satz 1 C. P. O.).

2. Das Urteil, welches einen Zwischenstreit unter den Parteien entscheidet (§ 303, Satz 2 C. P. O.).

3. Das Urteil, welches einen Zwischenstreit zwischen den Parteien und einem Dritten entscheidet (§§ 71, 135, 387 C. P. O.).

Ferner sind Zwischenurteile:

1. Das Urteil, welches eine prozeßhindernde Einrede nach § 275 C. P. O. verwirft, denn die prozeß-

[8]) Vgl. Seuffert, Kommentar, Anm. 1 zu § 300; Struckmann-Koch, Anm. 2 zu § 200; Brettner in Magazin für das deutsche Recht V, 284.

[9]) Motive, S. 217.

[10]) Seuffert, Anm. 2 zu § 303 C. P. O.

hindernde Einrede stellt sich dar als ein selbständiges Verteidigungsmittel.

2. Das Urteil, welches bei einem nach Grund und Betrag streitigen Anspruch diesen für begründet erklärt (304), da hierdurch über ein selbständiges Angriffsmittel, nämlich über den Klagegrund, entschieden wird.

An die in einem Zwischenurteil enthaltene Entscheidung ist das Gericht absolut gebunden, sowohl was die Tatsachenfeststellung, als was die rechtliche Würdigung anlangt[11]). Das, was im Zwischenurteil entschieden ist, darf nicht im Laufe des Rechtsstreits nochmals zum Gegenstande einer Erörterung gemacht werden. Ob das Zwischenurteil nur in Verbindung mit dem den ganzen Rechtsstreit erledigenden Urteile oder ausnahmsweise[12]) selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar ist, bleibt für den Charakter des Urteils als Zwischenurteil gleichgültig[13]).

## III.

### Anwendung des unter II Ausgeführten auf die Vorbehaltsurteile.

Wir fassen zunächst das Urteil ins Auge, welches im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte ergeht, das Urteil des

[11]) § 318 C. P. O.

[12]) Wie in den Fällen der §§ 275 und 304; §§ 71, 135, 387.

[13]) Vgl. Krauss, Vorbehaltsurteil S. 37; Stein, Urkunden- und Wechselprozeß S. 346.

§ 599. In diesem wird nicht über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden, sondern Gegenstand dieses Urteils ist der ganze materielle Anspruch, da dieser im Urkundenprozeß bereits ebenso Gegenstand des Rechtsstreites ist, wie im Nachverfahren. Nur ist diese Entscheidung über den materiellen Anspruch eine bedingte, insofern im Nachverfahren wegen der nunmehr fortfallenden beschränkten Kognition, unter Aufhebung des Vorbehaltsurteiles ein anderes Erkenntnis ergehen kann. Aus letzterem folgt, daß dem Vorbehaltsurteil, wie Krauss[14]) richtig hervorhebt, ein wichtiges konstitutives Merkmal des Zwischenurteils, nämlich daß der Richter an letzteres in jeder Beziehung, sowohl was die Tatsachenfeststellung, als auch die rechtliche Würdigung anlangt, gebunden ist, nicht nach allen Seiten hin eignet[15]). Denn der Richter des Nachverfahrens ist nur insofern an das Vorbehaltsurteil gebunden, als dieses die rechtliche Begründung, die Schlüssigkeit des Klagegrundes und die Verwerfung von Einreden aus anderen, als den in § 598 C. P. O. aufgeführten Gründen betrifft[16]), m. a. W. das Urteil im Urkundenprozeß ist für das Nachverfahren insoweit

[14]) Vorbehaltsurteil S. 38.

[15]) Es ist daher nicht richtig, wenn Petersen-Anger, Anm. 3 zu § 599 sagt: „Das Vorbehaltsurteil hat nur die Wirkungen eines gewöhnlichen Zwischenurteils, an welches der Richter im Nachverfahren nicht gebunden ist.“ Ein solches Urteil ist eben überhaupt kein Zwischenurteil.

[16]) Stein, Urkunden- und Wechselprozeß, S. 347; § 318 C. P. O.

bindend, als es nicht auf der eigentümlichen Beschränkung des Verfahrens im Urkundenprozeß beruht. Wenn also z. B. Einwendungen des Beklagten bereits im Urkundenprozeß als materiell unbegründet — nicht nur nach § 598 C. P. O. — verworfen worden sind, so darf der Richter des Nachverfahrens nicht mehr auf diese Einwendungen zurückkommen[17]).

In dieser Beziehung also, nämlich soweit der Richter im Nachverfahren an das Vorbehaltsurteil gebunden ist, ist das Vorbehaltsurteil ein wahres Zwischenurteil, ist es antizipierter Bestandteil der Endentscheidung. Nicht aber inbezug auf die tatsächlichen Feststellungen. Diese können im Nachverfahren ergänzt, berichtigt und nachgeholt werden, und das Gericht ist im Nachverfahren nur insoweit an die tatsächliche Feststellung gebunden, als diese nicht in jenem durch neues, infolge des Vorbehalts freigelassenes Vorbringen erschüttert werden. Ebenso führen die Motive[18]) aus: „Das hierauf (im Urkundenprozesse) ergehende Urteil entscheidet über die Zulässigkeit des Angriffs, bezüglich der Verteidigung im Urkundenstreite definitiv, über das Hauptrecht (abgesehen vom Fall der Versäumung und des Anerkenntnisses) nur provisorisch quoad executionem und vorbehaltlich einer eingehenderen Kognition im Wege des ordentlichen Prozesses. Nur insoweit sich schon jetzt Angriffs- oder Verteidigungsmittel als in sich und nicht bloß wegen mangelhafter Substan-

---

[17]) Das Nähere hierüber siehe unten S. 49 flg.

[18]) S. 348.

tiierung unbegründet darstellen, wird über sie, weil ja das Hauptrecht selbst im Prozeß befangen ist, endgültig erkannt. Insoweit kommt das Urteil im Urkundenprozesse als Zwischenurteil für den anhängig bleibenden Hauptstreit in Betracht und bindet folgeweise Richter und Parteien."

In dem Vorbehaltsurteil wird aber auch nicht über einen Zwischenstreit entschieden. Denn ein Zwischenstreit unter den Parteien — der hier ja nur in Frage kommen könnte — ist der innerhalb eines anhängigen Prozesses sich ergebende Streit über prozessuale[19]) Angriffs- und Verteidigungsmittel. Der Streit über materiellrechtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel ist kein Zwischenstreit im Sinne der C. P. O.[20]).

Aber auch den Erfordernissen des Endurteils wird das Vorbehaltsurteil nicht nach allen Seiten hin gerecht. Denn der Prozeß ist ja nicht in der betr. Instanz endgültig zum Abschluß gebracht; dem Beklagten ist die Möglichkeit gegeben, den Rechtsstreit fortzusetzen. Nur insoweit das Vorbehaltsurteil den Urkundenprozeß selbst abschließt, schafft es für den Urkundenprozeß Recht und gilt als Endurteil[21]).

[19]) So die herrschende Meinung; Schollmeyer, Zwischenstreit S. 93; Stein, Urkundenprozeß, S. 347; Faull, Begriff und praktische Bedeutung des Zwischenstreits, S. 24 flg.; Wach, Vorträge, S. 114.

[20]) So auch Seuffert, Anm. 3 zu § 303.

[21]) Vgl. R. G. in Zivils. vom 7. Januar 1882 in Gruchot's Beiträgen, Bd. 26, S. 841 flg.

## IV.

Das Vorbehaltsurteil im Urkundenprozeß zeigt also ein Janusgesicht. Um es beurteilen zu können, muß man es betrachten einmal inbezug auf den materiellen Anspruch, andererseits mit Rücksicht auf das Nachverfahren. So kommen wir mit Stein[22]) zu dem Resultat:

Das Vorbehaltsurteil im Urkundenprozeß ist:

1. In bezug auf den materiellen Anspruch hinsichtlich seiner rechtlichen Begründung[23]) definitives Endurteil, hinsichtlich seines tatsächlichen Bestandes aber resolutiv-bedingtes Endurteil.

2. In bezug auf das Nachverfahren hinsichtlich der rechtlichen Würdigung wahres Zwischenurteil[24]), hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen indessen weder End- noch Zwischenurteil, da dieselben wegen der beschränkten Kognition des Urkundenprozesses noch nicht abgeschlossen sind. Stein[25]) mißt dem Urteil in bezug hierauf die Bedeutung eines mit Berufung angefochtenen Instanzurteiles zu[26]).

Die Urteile der §§ 302 und 540 sind insofern verschieden von dem des § 599, als sich hier das

---

[22]) Urk.-Proz., S. 348; vgl. auch Krauss a. a. O.

[23]) Es ist also, wohlgemerkt, im Nachverfahren nicht die rechtliche Begründetheit des materiellen Anspruchs zu prüfen, sondern nur seine tatsächliche Begründung gegenüber neuen Einreden und Beweismitteln.

[24]) Das Nähere hierüber siehe unten sub § 7.

[25]) a. a. O.

[26]) So auch Krauss a. a. O.

Nachverfahren auf den ganzen Rechtsstreit erstreckt, alle möglichen Verteidigungsmittel des Beklagten in das Nachverfahren verwiesen werden, während dort das Nachverfahren nur die Verhandlung über die Aufrechnung bezw. über die vorbehaltenen Verteidigungsmittel zum Gegenstande hat. Wie schon S. 1 flg. erwähnt, hat sich im Fall der §§ 302 und 540 das Nachverfahren darauf zu beschränken, ob die Gegenforderung bezw. die vorbehaltenen Verteidigungsmittel begründet und bewiesen sind.

Was nun den Charakter dieser beiden Urteile anlangt, so sind sie unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten ebenfalls weder reine Zwischenurteile, da sie nicht bloß dazu bestimmt sind, ein Element des Schlußurteils im voraus festzustellen, denn das Vorbehaltsurteil kann ja im Schlußurteil aufgehoben werden. Endurteile sind sie auch nicht, denn sie beendigen den Rechtsstreit nicht ganz für die Instanz. Man kommt also zu einem ähnlichen Resultat, wie in bezug auf das Urteil in § 599 C. P. O.: Die Vorbehaltsurteile nach §§ 302, 540 C. P. O. sind:

1. In bezug auf den materiellen Anspruch hinsichtlich seiner rechtlichen Begründung definitive Endurteile, hinsichtlich der tatsächlichen Feststellung aber resolutiv bedingte Endurteile.

2. In bezug auf das Nachverfahren sowohl hinsichtlich der rechtlichen Würdigung als hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen bindende Zwischenurteile. Denn das Urteil im Nachverfahren ist hinsichtlich des Bestehens der Forderung, abgesehen von der Auf-

rechnung bezw. Verteidigungsmittel an die im Vorbehaltsurteil enthaltene Entscheidung gebunden[27]).

Die Vorbehaltsurteile sind also sozusagen gemischte Urteile, ähnlich wie die actiones mixtae des römischen Rechts weder reine Strafklagen noch reine Schadensersatzklagen waren, sondern eben beides zugleich.

## § 3.

## Zuständigkeit für das Nachverfahren.

### I.

### Vorbemerkung und verschiedene Ansichten.

Die Frage nach der funktionellen Zuständigkeit für das Nachverfahren ist in der prozeßrechtlichen Literatur[1]) fast ebenso bestritten, wie die Frage nach dem Charakter der Vorbehaltsurteile.

Zunächst ist klar, daß der § 541 C. P. O. bei dieser Betrachtung ausscheidet, da es hier ausdrücklich im Gesetz heißt: „In Betreff der Verteidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig". Die Berufungsinstanz hätte bei Rechtseitigkeit des Verteidigungsmittels ja auch ohnedies entscheiden müssen.

Nicht anders kann es im Fall des § 302 sein. Denn ergeht ein Urteil unter Vorbehalt der Ent-

[27]) § 318 C. P. O.

[1]) In der Praxis weniger als in der Theorie, da das Reichsgericht auf dem Boden der Theorie sub § 3 II steht.

scheidung über die Aufrechnung in erster Instanz, so entscheidet ohne weiteres das Gericht erster Instanz über die Aufrechnung; erfolgt aber die Aufrechnung erst in der Berufungsinstanz, so geht das Nachverfahren über die Aufrechnung aus dem Grunde in der Berufungsinstanz vor sich, weil dann die Kompensationseinrede sich genau so darstellt, wie ein dem Beklagten nach § 541 C. P. O. vorbehaltenes Verteidigungsmittel und demzufolge auch, was die Zuständigkeit anbetrifft, analog zu behandeln ist. Dies müßte auch Rechtens sein, wenn sich eine diesbezügliche Vorschrift im Gesetze nicht fände. Der Satz 2 von § 529 Abs. 3 ist somit überflüssig. Bei dem Urteil, welches unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte im Urkundenprozeß ergeht, können nun zunächst Zweifel auch nicht entstehen, wenn das Vorbehaltsurteil ein Urteil erster Instanz ist. In diesem Fall ist ohne weiteres klar, daß das dem Vorbehaltsurteil folgende Nachverfahren auch in erster Instanz verhandelt wird. Denn da das Nachverfahren mit der Verkündung des Vorbehaltsurteiles beginnt, ist es schon in der ersten Instanz anhängig, wenn der Urkundenprozeß, falls gegen ihn ein Rechtsmittel eingelegt ist, in der höheren Instanz verhandelt wird. Es würde dann also nur übrig bleiben die Beantwortung der Frage, welches Gericht für das Nachverfahren zuständig ist, wenn die Verurteilung unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte erst in der Berufungsinstanz erfolgt. Und zwar ist der Fall, daß erst das Berufungsgericht die Verurteilung unter Vorbehalt ausspricht, gegeben, wenn

entweder die erste Instanz die Klage abgewiesen, oder aber die erste Instanz ohne Vorbehalt verurteilt hat, und auf diese Weise nun das Berufungsgericht den Vorbehalt zum ersten Male erläßt. Da sich in der C. P. O. eine Bestimmung hierüber nicht findet, so sind die Ansichten geteilt. Die herrschende Meinung[2]) weist das Nachverfahren, wenn das Vorbehaltsurteil erst von der Berufungsinstanz aus-

[2]) R. G. in Bolze, Bd. 16, S. 771; R. G. 29, 368; R. G. in Seufferts Archiv 49, Nr. 134; O. L. G. Hamburg in Seufferts Archiv 44, Nr. 288; O. L. G. Karlsruhe in Bad. Ann. 51, 36; O. L. G. Dresden in Busch' Zeitschrift 6, 507; Sächs. Ann. 3, 530 flg.; Planck, Lehrbuch II. 470; Fitting, Lehrbuch § 86, S. 625, Anm. 34; Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen, S. 122; v. Kries, Rechtsmittel, S. 196; Wilmowski-Levy, Anm. 1 a. E. zu § 563 a. F.; Reincke, zu § 599; Petersen-Anger, Anm. 4 zu § 599; Struckmann-Koch, Anm. 1 a. E. zu § 600; Krauss, Vorbehaltungsurteil, Seite 37; Jur. Wochenschrift 1897, S. 82; auch die früheren Auflagen von Gaupp.

Neuerdings vertritt das Reichsgericht wiederum mit Nachdruck den in Entscheidung 29, 368 eingenommenen Standpunkt in der Entscheidung 57, 184 flg., wo allerdings das im Nachverfahren eines Wechselprozesses ergangene Berufungsurteil nicht deswegen aufgehoben wurde, weil das Nachverfahren nach der vom Reichsgericht mißbilligten Ansicht bei dem Gericht erster Instanz eingeleitet worden war, und zwar aus dem Grunde, weil das Gericht, welches die angefochtene Entscheidung erlassen hatte, auch vom Gesetze berufen war, die Entscheidung, wenn auch nicht als Berufungsgericht, zu geben.

gesprochen wird, dieser zu, während nach einer anderen Ansicht stets die Zuständigkeit der ersten Instanz begründet ist[3]).

II.

**Argumentation derjenigen, welche das Nachverfahren stets in der Berufungsinstanz stattfinden lassen wollen, wenn diese erstmals den Vorbehalt erlassen hat.**

Die Vertreter dieser Ansicht vermeinen die Frage der Zuständigkeit mit der Vorschrift des § 538 Ziff. 4 über die Zurückverweisung in Verbindung mit dem in § 537 ausgesprochenen allgemeinen Prinzip, welches die C. P. O. für die Berufung aufstellt, lösen zu können. Und zwar folgern sie so: Nach § 537 C. P. O. sind „Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist.“ Folglich wird, wenn in

[3]) Stein, Urkundenprozeß, S. 314 flg.; Wach, Vorträge, S. 311, Anm. 1; Langheineken, Urteilsanspruch, S. 61; Brettner in Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 3, S. 347 und im Magazin für das deutsche Recht, Bd. V, 298; Gösch in Zeitschrift, Bd. 12, 182; Kammergericht in Bl. für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts II, 4 flg., Jahrg. 1891; Gaupp-Stein, Bd. II, S. 184 sub III zu § 599; v. Bülow, Kommentar, S. 428 zu § 563 a. F.; v. Sarwey, Bd. I, S. 681, Anm. 2.

erster Instanz ein Vorbehaltsurteil ergangen ist, im Fall der Berufung an und für sich auch die Verhandlung und Entscheidung über das vorbehaltene Nachverfahren an das Berufungsgericht devolviert.

Nun sind jedoch im § 538 fünf genau bestimmte und umgrenzte Fälle aufgeführt, in denen das im § 537 niedergelegte Prinzip keine Anwendung findet, sondern das Berufungsgericht die Sache, sofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückverweisen muß. Dort ist sub 4 bestimmt, daß Zurückverweisung erfolgen muß, wenn das angefochtene Urteil im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist. Daraus folgt, daß das Nachverfahren, wenn das Vorbehaltsurteil erst in der Berufungsinstanz ergeht, in dieser anhängig bleibt, da das Nachverfahren eben nur in einem gesetzlich genau festgelegten Falle, nämlich in dem des § 538, 4 durch Zurückverweisung in die untere Instanz gelangen kann.

III.

Zu dieser Ansicht mag zunächst bemerkt werden, daß eine Zurückverweisung hier nur vorkommen kann, wenn der Unterrichter im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte verurteilt und der Berufungsrichter dieses Urteil bestätigt. Denn wenn das Berufungsgericht den von dem Kläger geltend gemachten Anspruch nach § 597 Abs. 1 C. P. O. als unbegründet oder die Klage nach § 597 Abs. 2 C. P. O. als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abweist, so ist

das Endurteil zu fällen; von einer Zurückverweisung kann hier keine Rede sein.

Eine Zurückverweisung kann weiter nicht erfolgen, wenn das Berufungsgericht ein ohne Vorbehalt der Rechte verurteilendes oder ein die Klage abweisendes Urteil der ersten Instanz abändert und seinerseits nun unter Vorbehalt der Rechte verurteilt. Wie Seuffert[4]) richtig hervorhebt, erwartet man hier allerdings dem Grundgedanken des § 538 gemäß ebenfalls die Zurückverweisung. Allein der § 538 Nr. 4 gestattet eine Zurückverweisung nur, wenn das angefochtene Urteil im Urkunden- und Wechselprozeß erlassen ist.

Aber auch in dem einzigen Falle, wo die Zurückverweisung gesetzlich statthaft ist, ist sie ein rein formaler, sachlich bedeutungsloser Akt[5]), denn das ist gerade der Fehler, den die Anhänger dieser Ansicht machen, daß sie glauben, es handle sich um eine Zurückverweisung des Nachverfahrens; dieses ist durch das Vorbehaltsurteil ohnedies in erster Instanz anhängig, dazu bedarf es der Zurückverweisung nicht mehr. Es ist deshalb nicht richtig, wenn in den früheren Auflagen von Gaupp[6]) gesagt wird: „Wenn der § 500 Nr. 4 C. P. O. (a. F.) die Zurückverweisung an die erste Instanz vorschreibt, falls das angefochtene Urteil im Urkundenprozeß unter Vorbehalt der Rechte

---

[4]) Kommentar Anm. 5 zu § 538.

[5]) So Gaupp-Stein zu § 538 Nr. 4.

[6]) Zum Beispiel 2. Aufl., S. 184, Bd. II.

erlassen ist, so ist damit ausgesprochen, daß der ganze durch die Klageerhebung rechtshängig gewordene Anspruch mit der Ergreifung des Rechtsmittels an das Berufungsgericht erwächst, da er sonst nicht erst durch Verweisung an die erste Instanz zurückkehren könnte."

Wie schon eben angedeutet, geht diese Ansicht von einer Gesetzesbestimmung, dem § 538 Nr. 4, aus, die einen praktischen Anwendungsfall nicht aufzuweisen hat[7]). Sie beruht auch offenbar auf einem Redaktionsversehen. Kries[8]) bemerkt, daß die Bestimmung wahrscheinlich lauten sollte: „Wenn im Urkunden- und Wechselprozeß der Beklagte unter Vorbehalt seiner Rechte verurteilt wird". Dann wäre das Nachverfahren ein für allemal der ersten Instanz überwiesen gewesen. Sowie die Bestimmung indessen jetzt tatsächlich lautet, ist nichts damit anzufangen. Sie könnte ebensogut im Gesetze fehlen. Daraus geht aber auch zugleich hervor, daß Folgerungen irgend welcher Art aus dieser Bestimmung nicht gezogen werden dürfen, und es ist m. E. nicht richtig, wenn Gaupp[9]) sagt: „Wäre auch in diesem Fall das Nachverfahren schon bisher nur in der ersten Instanz anhängig und bedürfte es also einer Zurückverweisung nicht mehr, so wäre zwar die

---

[7]) Sie wurde im preußischen Justizministerium dem Entwurf I eingefügt; vgl. Stein, S. 250.

[8]) Rechtsmittel, S. 196 flg.

[9]) In den früheren Aufl. zu § 500, Nr. 4 a. F.; ebenso R. G. in Seuffert's Archiv 49, Nr. 134.

Zurückverweisung ein rein formaler, sachlich bedeutungsloser Akt, allein daraus würde nicht folgen, daß aus § 538, 4 C. P. O. überhaupt nicht weiter argumentiert werden dürfte". Wach[10]) bemerkt, wenn man überhaupt aus § 538, Nr. 4 irgend eine Schlußfolgerung ziehen wollte, so wäre es nicht ein argumentum e contrario, sondern der Analogieschluß, daß auch in dem Falle Zurückverweisung einzutreten habe, wenn das Berufungsgericht den Vorbehalt erstmals erläßt, weil auch hier den Parteien die erste Instanz für das Nachverfahren nicht verloren gehen dürfe.

Hiermit wäre dieser Theorie allein schon der Boden unter den Füßen entzogen; es sind indessen noch andere gewichtige und zwar praktische Gründe vorhanden, die dagegen sprechen. So raubt die Verlegung des Nachverfahrens in die Berufungsinstanz dem Beklagten eine Instanz für das erstere. Man hat hiergegen eingewendet[11]), daß die Wahrung des Instanzenzuges kein von der C. P. O. allgemein durchgeführtes Prinzip bilde und sich dabei auf die §§ 537, 541 C. P. O. berufen. Hier handelt es sich indessen nicht um Ansprüche, sondern um „einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffende Streitpunkte" und um „einzelne Verteidigungsmittel". Stein[12]) bemerkt treffend, daß das Nachverfahren denn doch mehr und

---

[10]) Vorträge, S. 311, Anm. 1.

[11]) z. B. O. L. G. Hamburg in Seuffert's Archiv Bd. 44, Nr. 288.

[12]) Urkundenprozeß, S. 316.

etwas anderes ist, als ein den „Anspruch betreffender Streitpunkt“ [13]).

Ähnlich spricht sich das Kammergericht [13]) dahin aus, daß „auch nur solche Streitpunkte, deren Verhandlung und Entscheidung schon im Verfahren erster Instanz prozessualisch möglich, wenn auch vielleicht tatsächlich unterblieben war, nach der Vorschrift des § 537 C. P. O. der Regel nach Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung vor dem Berufungsgericht werden“.

Also auch wenn man das Nachverfahren als einen den Anspruch betreffenden Streitpunkt im Sinne des § 537 C. P. O. ansehen würde, so könnten die §§ 537, 541 deshalb hier nicht angezogen werden, weil es sich hier um die Geltendmachung von Rechten handelt, für die das bisherige summarische Verfahren überhaupt noch keine Möglichkeit geboten hatte.

Es wäre dem Geiste der C. P. O. auch nicht entsprechend, wenn den Parteien die Möglichkeit nicht gewährt würde, den Rechtsstreit einer nochmaligen Würdigung in tatsächlicher Hinsicht unterziehen zu lassen und ihnen dadurch Gelegenheit zu geben, in zweiter Instanz neues Material herbeizuschaffen.

Der Berufungsrichter kommt ferner nach dieser Ansicht in die Lage, in einer ganz anderen Prozeßart zu verhandeln und zu erkennen, in der das Gericht

[13]) Ebenso Gaupp-Stein, Anm. 3 zu § 600 und Kammergericht in Bl. für Rechtspflege im Bez. des K. G. II, 4 flg.

der ersten Instanz verhandelt und erkannt hat. Dieses Vorsichgehen eines Rechtsstreits in der Berufungsinstanz, ohne daß eine Beurteilung desselben durch ein erstinstanzliches Gericht vorhergegangen ist, dürfte wohl prozessualisch nicht zulässig sein[14]).

Auch wird dem Beklagten die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage bezw. einer Inzidentklage (§§ 278, 280 C. P. O.) — für ihn unter Umständen eine Hülfe von höchster Bedeutung — gänzlich abgeschnitten. Denn während des Urkundenprozesses konnte er sie nicht anstrengen, weil nach § 595 C. P. O. die Erhebung von Widerklagen im Urkundenprozeß nicht statthaft ist. Die einzige Möglichkeit wäre also, sich im Ordinarium dieses Rechtsbehelfs zu bedienen. Allein durch die Verlegung des ordentlichen Verfahrens in die Berufungsinstanz wird dem Beklagten auch hier ein Strich durch die Rechnung gemacht, insofern nach § 529 Abs. 2 C. P. O. in der Berufungsinstanz neue Ansprüche im allgemeinen — nur mit Eiwilligung des Gegners — nicht geltend gemacht werden dürfen. Dadurch wird aber die Bestimmung des Ordinariums als einer zugunsten des Beklagten geschaffenen Institution illusorisch. Das einzige, was der Beklagte könnte, wäre aufrechnen[15]), da nach der herrschenden Ansicht eine erste Instanz ja nicht vorhanden ist und

---

[14]) Stein a. a. O. bezeichnet die Tatsache, daß ein ganzes Verfahren in zweiter Instanz verhandelt wird, ohne durch die erste gegangen zu sein, als Ungeheuerlichkeit.

[15]) § 529, Abs. 3 C. P. O.

somit klar ist, daß er „ohne sein Verschulden außer stande gewesen ist, die Aufrechnung in erster Instanz geltend zu machen".

## IV.

**Argumentation derjenigen, welche das Nachverfahren stets in der ersten Instanz stattfinden lassen wollen.**

Die Vertreter dieser Ansicht gehen zunächst mit Recht davon aus, daß die Vorschriften der C. P. O. über die Zurückverweisung aus den eben auseinandergesetzten Gründen in keiner Weise eine genügende Gewähr für die Richtigkeit der Meinung bietet, daß das Nachverfahren bei erst in der Berufungsinstanz erfolgtem Ausspruch des Vorbehalts in dieser anhängig bleibt.

Da man nun also mit einer gesetzlichen Vorschrift die Frage der Zuständigkeit nicht lösen kann, so muß man, um zu einem Resultate zu gelangen, einmal auf die Geschichte des Urkundenprozesses zurückgehen[16]), dann aber auch, da mit dem Wortlaut der Nr. 4 des § 538 schlechterdings nichts anzufangen ist, die Absicht und den Zweck des ganzen § 538 C. P. O. in Erwägung ziehen.

Was zunächst die Geschichte anlangt, so wurden im gemeinen Prozeß[17]) die ad separatum verwiesenen Einreden des Beklagten stets bei dem Gerichte erster Instanz, entweder im Wege einer selbständigen Klage

[16]) So besonders Stein a. a. O.

[17]) Wetzell, S. 560.

oder dadurch, daß das bisherige Verfahren fortgesetzt würde, geltend gemacht. Hieran knüpfte der Hannoversche Entwurf[18]) an, indem er bestimmte, daß der Beklagte „wegen der zur besonderen Ausführung verwiesenen Einreden und Dupliken den Rechtsstreit in erster Instanz im ordentlichen Verfahren“ fortsetzen könnte. Ebenso sprechen sich die Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des norddeutschen Entwurfes aus[19]). Ja, es wurde sogar ein Antrag wonach die Fortsetzung des Verfahrens durch eine besondere Klage eingeleitet werden sollte, für die dasjenige Gericht zuständig sei, bei dem der Urkundenprozeß gerade anhängig war, abgelehnt. Dann wurde plötzlich in den Entwurf I die, wie Stein[20]) sagt, fast unbegreifliche Bestimmung über die Zurückverweisung des § 538 Nr. 4 aufgenommen, über die bereits S. 12 flg. gesprochen worden ist.

Was die einzelnen Bestimmungen des § 538 anlangt, so ist hierbei die ratio des Gesetzes doch die, daß, wie das Kammergericht[21]) sich ausdrückt, in allen denjenigen Fällen, in welchen ohne Erledigung des materiellen Streitstoffes das Verfahren durch ein auf eine durchgreifende Vorfrage beschränktes Urteil nur äußerlich zum Abschluß gelangt und so an die Berufungsinstanz gebracht ist, die etwa erforderliche

---

[18]) § 486.
[19]) Protok. 1096, 1228.
[20]) Urk.-Proz. S. 315.
[21]) a. a. O.

weitere Verhandlung dem erstinstanzlichen Gerichte vorzubehalten ist, damit auf diese Weise den Parteien der volle Instanzenzug gewahrt bleibt. Daß dies tatsächlich die Absicht des Gesetzes gewesen ist, unterliegt keinem Zweifel, nur ist sie in dem Fall 4, wie schon oben auseinandergesetzt, durch ein Redaktionsversehen nicht zum Ausdruck gekommen. Aus der Geschichte dieser Bestimmung ergibt sich ganz klar, daß die Vorschrift lauten sollte: „Wenn der Beklagte im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte verurteilt wird“ [22]).

## V.

### Ergebnis.

Wenn wir somit das Bisherige zusammenfassen, so kommen wir zu dem Resultat, daß das einzige, was gegen diese Ansicht spricht, ist, daß man im Gesetz direkt einen Anhalt für dieselbe nicht erbringen kann. Dieses Vorrecht kann die gegneriche Ansicht indessen ebensowenig für sich in Anspruch nehmen, da die Basis, auf der sie ihre Behauptungen gründet, nur eine scheinbare ist, bei näherer Betrachtung den Halt versagt. Und da die praktische Brauchbarkeit, wie Stein [23]) treffend hervorhebt, der Prüfstein des inneren Wertes ist, so kann die Wahl, welcher von beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist, nicht schwer fallen.

---

[22]) v. Kries, Rechtsmittel S. 196 flg.

[23]) Urkunden- und Wechselprozeß S. 317.

## § 4.

## Beginn des Nachverfahrens.

Das Nachverfahren beginnt in dem Augenblick, wo das Urteil, durch welches der Beklagte unter Vorbehalt der Geltendmachung seiner Verteidigungsmittel bezw. Ausführung seiner Rechte verurteilt wird, verkündet wird. Um das Nachverfahren betreiben zu können, ist das Abwarten des Eintritts der formellen Rechtskraft des Vorbehaltsurteils nicht erforderlich, ebensowenig die Zustellung des Vorbehaltsurteils an den Gegner. Denn da das Nachverfahren keinen von dem Vorverfahren verschiedenen Rechtsstreit bildet, findet § 312 Abs. 2 C.P.O. Anwendung, wonach die Befugnis einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urteils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urteil in anderer Weise Gebrauch zu machen, von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig ist, soweit nicht die C.P.O. ein Anderes bestimmt. Es würde also einer besonderen Anordnung im Gesetze bedurft haben, wenn das Gegenteil hätte Rechtens sein sollen.

Sehr treffend weist ein Erkenntnis des Landgerichts Plauen[1]) darauf hin, daß der Vorbehalt mit der Rechtskraft der Entscheidung nichts zu tun habe und daß die Rechtskraft nur eintrete, soweit über den Anspruch entschieden sei, nicht aber hinsichtlich des Vorbehalts, der neben der eigentlichen Entscheidung ausgesprochen werde. Nicht die Rechtskraft des Urteils, sondern allein der Umstand, daß letzteres sich darauf beschränke,

[1]) Sächs. Archiv 8, 107.

ein bloß provisorisches sein zu wollen, bilde die Voraussetzung für das sich anzuschließende ordentliche Verfahren.

Gaupp-Stein[2]) bemerkt mit Recht, daß ein Verfahren auf dem Boden eines noch nicht rechtskräftigen Urteils nach der Zivilprozeßordnung durchaus nichts Ungewöhnliches sei, wie ein Blick auf §§ 275, 304 C. P. O., sowie auf das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit lehre.

Aus allem diesem geht zur Genüge hervor, daß die Zivilprozeßordnung eine Weiterverhandlung vor endgültiger Erledigung des Vorverfahrens kennt. Man kann auch nicht einwenden, daß, weil es in den §§ 302, 541, 600 an einer dem § 275 Abs. 2 Schlußsatz entsprechenden Vorschrift fehle, deswegen die Weiterverhandlung vor Eintritt der Rechtskraft des Vorbehaltsurteils ausgeschlossen sei. Denn die im § 275 Abs. 2 gegebene Bestimmung war erforderlich wegen des im Abs. 1 dem Beklagten eingeräumten Rechts, auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.

Die gegenteilige Ansicht[3]) verlangt, daß das Nachverfahren nicht beginnen kann, bevor das Vorbehaltsurteil die Rechtskraft beschritten hat. Hiernach soll z. B. für den Fall des § 302 C. P. O. das im Nach-

---

[2]) II, 183.

[3]) Langheineken, S. 61; Kohler in Zeitschrift 24, 29; Hanseat. Ger.-Ztg. 17, 23 flg.; für das Nachverfahren des § 302 auch Petersen-Anger, Anm. 5 zu § 302.

verfahren über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung ergehende Urteil erst erlassen werden, wenn das bezüglich der Hauptforderung ergangene Vorbehaltsurteil rechtskräftig geworden ist. Denn solange letzteres noch nicht geschehen sei, stehe es noch dahin, ob die Hauptforderung überhaupt bestehe. Und aufrechnen könne man nur, wenn die Hauptforderung, gegen die aufgerechnet werden solle, überhaupt bestehe. Dieselben Gründe, die eine Abweisung der Klage ohne Entscheidung über das Bestehen der Hauptforderung als unstatthaft erscheinen ließen, sprächen auch hier für einen Aufschub der Entscheidung. Ähnlich drückt sich das Oberlandesgericht Hamburg[4]) aus: „Eine Kompensation kann nicht zum Vollzuge gebracht werden, solange die Existenz der Forderung, gegen welche kompensiert werden soll, nicht feststeht, solange dieselbe nur erst hypotetisch anerkannt ist".

Diese Begründung erscheint nicht haltbar. Für die Aufrechnung kommt es nicht sowohl auf das wirkliche Bestehen der Hauptforderung, als darauf an, daß der Richter sie als bestehend festgestellt hat; und dies ist in dem Vorbehaltsurteile geschehen[5]).

Da also diese Ansicht im Gesetz keine hinreichende Stütze findet, wenn sie auch de lege ferenda zu empfehlen ist, so steht es jeder Partei frei, von der Verkündung des Vorbehaltsurteils an die andere

---

[4]) Hanseat. Ger.-Ztg. 17, 23 flg.

[5]) So Schück im Zentralblatt für Rechtswissenschaft, Jahrg. 1900, Bd. 19, 161.

zur Fortsetzung des Verfahrens zu laden. Und zwar kann sowohl der Kläger als auch der Beklagte den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden. Endemann[6]), will dem Kläger das Recht versagen, den Prozeß zu betreiben. Nach ihm hängt es ausschließlich vom Beklagten ab, ob sich das ordentliche Verfahren anschließen soll oder nicht, obgleich er selbst zugibt, daß der Kläger vielleicht ein Interesse daran haben kann, den im Urteil des Urkundenprozesses gemachten Vorbehalt beseitigt zu sehen. Dem Kläger müsse die von dem Vorbehalt unabhängige Vollstreckbarkeit des Urteils und eventuell die Feststellungsklage des § 256 C. P. O. genügen. Daraus, daß während des Prozesses jeder Partei das Ladungsrecht zustehe, folge nicht das Gegenteil. Hier handle es sich um die Eröffnung eines neuen Abschnittes, welche dem Kläger nicht zustehe. Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Denn wenn auch der Kläger das Urteil vorläufig vollstrecken lassen kann, so ist er trotzdem immer noch im Ungewissen darüber, ob er definitiv Sieger bleiben wird. Also auch er hat ein Interesse an der baldigen Beendigung seines Rechtsstreits; es muß ihm daher die Möglichkeit gegeben werden, möglichst schnell die Entscheidung herbeizuführen[7]). Bei der Ladung selbst ist nur die Ladungs- nicht die Einlassungsfrist zu wahren, weil eben kein

---

[6]) Zivilprozeß II, 555, 556.

[7]) Vgl. Petersen-Anger, Anm. 5 zu § 600; Jur. Wochenschrift 1883, S. 303.

neuer Prozeß begonnen, sondern nur der alte fortgesetzt wird.

Übrigens ist es durchaus nicht erforderlich, daß zunächst von einer der Parteien eine Ladung abgewartet werden muß, wenn dies auch die Regel sein wird. Die verurteilte Partei kann sofortige weitere Verhandlung im ordentlichen Verfahren nach der Urteilspublikation in demselben Termine verlangen. Marcus[8]) ist allerdings — wenigstens für den Fall des § 600 C. P. O. — der Ansicht, daß die Fortsetzung des Nachverfahrens neue Terminsbestimmung voraussetze, während er für den Fall des § 302 die sofortige weitere Verhandlung gestattet. Zur Begründung führt er an, daß der Verhandlungstermin, in dem das Vorbehaltsurteil ergangen, lediglich zur Entscheidung über die Voraussetzungen des im summarischen Verfahren zu erledigenden Rechtsschutzanspruchs bestimmt sei. Mit dem Erlaß des Vorbehaltsurteils sei dieser Termin verbraucht. Weiter wird eine Stelle in der Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 55, S. 22, angezogen, wo es heißt: „Die Terminsbestimmung ist kein Blankett für irgend ein von der Partei noch zu bestimmendes Verfahren, sie ist nur festgesetzt für das Verfahren, welches durch die sie enthaltende Ladung eingeleitet wird".

Diese Ansicht dürfte nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen sein. Denn der Urkundenprozeß und das sich daran anschließende ordentliche Verfahren bilden materiell nur einen

---

[8]) Im „Recht" 1904, S. 599.

einzigen Prozeß, wenn dieser auch durch das Vorbehaltsurteil in zwei Abschnitte zerfällt. Nach § 600 C. P. O. „bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig". Daraus folgt zugleich, daß es sich hier nicht, wie in dem in der cit. Reichsgerichtsentscheidung vorliegenden Falle, um ein von der Partei noch zu bestimmendes Verfahren handelt, sondern das Nachverfahren ist eben mit Erlaß des Vorbehaltsurteils von Gesetzes wegen da. Daß die Partei es mittelbar — nämlich dadurch, daß sie dem geltend gemachten Anspruch widersprochen hat —, ins Leben gerufen hat, tut nichts zur Sache.

## § 5.

### Gleichzeitigkeit von Vor- und Nachverfahren.

Im vorigen Paragraphen hatten wir gesehen, daß das Nachverfahren vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Vorbehaltsurteils betrieben werden kann. Legt nun der Beklagte gleichzeitig, aus irgend einem Grunde, gegen das Vorbehaltsurteil ein Rechtsmittel ein, so kommt er dadurch in die Lage, zwei Verfahren nebeneinander betreiben zu müssen[1]), und es ergibt

[1]) Um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, wird man allerdings gut tun, entweder, bevor man das Nachverfahren in Gang setzt, die Rechtskraft des Vorbehaltsurteils abzuwarten, oder durch Vertagung des bereits im Gange befindlichen Nachverfahrens nach § 228 C. P. O. die Verhandlung bis zur Rechtskraft des Vorbehaltsurteils hinauszuschieben. Nicht aber darf das Gericht auf Grund von § 148 C. P. O.

sich daher ohne weiteres, daß das Verhältnis der beiden Urteile zueinander, nämlich des in der Rechtsmittelinstanz des Vorverfahrens zu dem im Nachverfahren ergehenden Urteil einer näheren Betrachtung bedarf, wie insbesondere dieses Verhältnis ist, wenn das im Nachverfahren ergangene Urteil eher in Rechtskraft erwächst, als das im Vorverfahren erlassene.

Die Vorbehaltsurteile haben dem Nachverfahren gegenüber eine doppelte Funktion. Einmal nämlich sind sie für das Nachverfahren existenzbedingend. Das Vorbehaltsurteil ist das Fundament, auf dem sich das Nachverfahren aufbaut. Die notwendige Folge davon aber ist, daß diese Grundlage für das Nachverfahren solange schwankend und unsicher sein muß, als es nicht feststeht, daß im Vorverfahren in der Rechtsmittelinstanz kein Urteil mehr ergeht, welches ein Nachverfahren ausschließt.

Das Vorbehaltsurteil ist aber noch mehr, als nur Grundlage für das Nachverfahren. Es ist auch für den Inhalt des Nachverfahrens und des Schlußurteils in erheblichem Maße bindend. Denn wie schon oben[2]) ausführlich auseinandergelegt, ist das Vorbehaltsurteil in bestimmter Beziehung auch Zwischenurteil. Das Charakteristische des Zwischenurteils ist nun aber, daß

---

die Aussetzung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Vorverfahrens anordnen, da von einem „anderen" Rechtsstreit im Sinne des § 148 hier keine Rede sein kann (A. M. Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 563 a. F.).

[2]) S. 13 flg.

es, indem es einen Teil des vorhandenen Streitmaterials erledigt, als Element dem Endurteil gegenüber erscheint, für dieses praejudiciell ist, oder, wie man auch sagt, anticipierter Bestandteil des Schlußurteils ist. Und zwar ist es, wie ebenfalls bereits hervorgehoben[3]), für den Charakter des Zwischenurteils vollkommen gleichgültig, ob es erst im Zusammenhang mit dem späteren Endurteil anfechtbar ist oder ob ihm, wie hier, ausnahmsweise besondere Anfechtbarkeit beigelegt ist.

Es leuchtet also ohne weiteres ein, daß der Zusammenhang zwischen Vorbehalts- und Endurteil ein sehr enger — ich möchte sagen, ein organischer — ist. Folglich ist weiter klar, daß unmöglich das Schlußurteil, falls es eher rechtskräftig wird, als das Vorbehaltsurteil in der Rechtsmittelinstanz, dieses ohne weiteres absorbieren kann[4]). Man muß vielmehr so argumentieren, daß das Schlußurteil nur unter der stillschweigenden Voraussetzung erlassen angesehen werden kann, daß es vorläufig nur der formellen Rechtskraft fähig ist und erst durch die Rechtskraft des Vorbehaltsurteils nun auch in materielle Rechtskraft erwächst und dann, wenn die Entscheidung in dem Vorbehaltsurteil mit der Entscheidung des Schlußurteils in Widerspruch steht, letzteres ohne weiteres hinfällig wird, da ihm die Basis, worauf es ruht, entzogen ist. Bündig und klar führt auch Planck[5]) für

---

[3]) S. 4 flg.

[4]) A. M. Schmidt, Lehrbuch, S. 580, Anm. 4.

[5]) Lehrbuch II, 137.

den analogen Fall des § 275 C. P. O. aus: „Überall aber ist die fortgesetzte Verhandlung nur eine eventuelle auf den Fall berechnete, daß das Zwischenurteil demnächst unabgeändert die Rechtskraft beschreitet. Tritt dieser Fall nicht ein, so fällt die fortgesetzte Verhandlung samt der darauf gebauten richterlichen Entscheidung, insbesondere samt dem etwa erlassenen Endurteil, selbst wenn es seinerseits bereits unanfechtbar geworden sein sollte, über den Haufen."

Es leuchtet weiter ein, daß die unterliegende Partei, falls sie sich nur durch das Vorbehaltsurteil beschwert fühlt, auch nur dieses anzugreifen braucht, nicht aber die Rechtskraft des Schlußurteils durch Rechtsmittel in der Schwebe zu halten genötigt ist, wenn dieses ihn nicht durch seinen Inhalt beschwert, sondern lediglich allein durch sein Dasein[6])[7]). Mit überzeugender Schärfe und Klarheit führt das Reichsgericht[8]) mit Bezug auf die analog liegenden Fälle der der §§ 275, 304 C. P. O. aus, daß es unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könne, dem Beklagten, wenn er sich durch den Inhalt des Endurteils weiter nicht beschwert fühlt, zuzumuten, das letztere lediglich aus dem Grunde mittels Rechtsmittels anzufechten, damit nicht sein die Vorentscheidung

---

[6]) So Stein, Urkundenprozeß S. 342.

[7]) R. G. in Zivils. 5, 422; Meyer in Busch' Zeitschrift 9, 342; R. G. 15, 348 flg.; v. Bülow bei Gruchot 25, 857; A. M. Hönemann in Gruchot 25, 858 flg.

[8]) R. G. in Zivils. 15, 351.

anfechtendes Rechtsmittel für hinfällig, oder sogar ein von ihm erwirktes, die Klage abweisendes Urteil höchster Instanz für null und nichtig erklärt werde, nur allein deswegen, weil dasselbe sonst gegen das inzwischen formell rechtskräftig gewordene im Nachverfahren ergangene erstinstanzliche Urteil zurücktreten müsse. Und was für ein Grund, so führt die zit. Entscheidung weiter aus, hätte, wenn die Gegenansicht richtig wäre, vorgelegen, diesen Vorentscheidungen die selbständige Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel beizulegen?

Nun gibt es indessen, worauf Stein[9]) hinweist, Fälle, in denen dieses Abhängigkeitsverhältnis gelöst werden kann. Und zwar kann dies geschehen, wenn sich an die Stelle des Klagegrundes, der sonst die Basis eines jeden Urteils bildet, eine andere Urteilsgrundlage schiebt, wie z. B. eine liquide Einrede, Verzicht, Anerkenntnis[10]). Hier nun, wo das Schlußurteil vollkommen unabhängig vom Vorbehaltsurteil ist, wird man annehmen müssen, daß das Vorbehaltsurteil mit samt seinen Rechtsmittelinstanzen durch das Schlußurteil im Nachverfahren absorbiert wird. Logisch müßte es allerdings genau ebenso sein, wie dann, wenn die beiden Urteile in inhaltlichem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Aber Stein[11]) argumentiert sehr überzeugend, wenn er behauptet, daß die C. P. O. die

---

[9]) Urkundenprozeß S. 340 flg.

[10]) Stein a. a. O.; Gaupp-Stein II, 183.

[11]) a. a. O.

Gleichzeitigkeit von Vor- und Nachverfahren doch nur aus dem Grund gestattet haben könne, um möglichst schnell eine endgültige Entscheidung zu bekommen und daß deshalb die Entscheidung da ergehen können muß, wo sie zuerst ohne sachlichen Mangel ergehen kann[12]).

Wir können also das eben Vorgetragene dahin zusammenfassen: Wenn das im Nachverfahren erlassene Urteil eher in Rechtskraft erwächst, als das Vorbehaltsurteil, so muß man unterscheiden, ob das Urteil des Nachverfahrens auf dem Vorbehaltsurteil beruht oder nicht. Im ersteren Fall entbehrt das Schlußurteil, obwohl es bereits formell rechtskräftig ist, solange der materiellen Rechtskraft, als die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Vorbehaltsurteil noch nicht unbenutzt verstrichen ist bezw. über das eingelegte Rechtsmittel noch keine definitive Entscheidung vorliegt. Steht aber die im Nachverfahren erlassene Schlußentscheidung mit dem auf das Vorbehaltsurteil letzter Instanz ergangenen Urteile in Widerspruch, so wird die erstere überhaupt nicht rechtskräftig[13]). Beruht indessen das Urteil im Nachverfahren nicht auf dem Vobehalts-

---

[12]) So wörtlich Stein a. a. O.

[13]) Vgl. Stein a. a. O.; von Bülow in Gruchots Beitr. 25, 852 flg.; ferner aus neuester Zeit eine Entsch. des O. L. G. Kolmar in der D. J. Z., Jahrg. 1906, S. 1156, wonach ungeachtet formeller Rechtskraft eines über den Betrag eines Anspruchs erlassenen Urteils dieses ohne Wirkung bleibt, wenn die ihm vorangegangene Entscheidung über den Grund des Anspruchs aufgehoben wird.

urteil, so erwirbt es mit der formellen Rechtskraft auch zugleich die materielle Rechtskraft, und das Vorbehaltsurteil mit seinen Rechtsmittelinstanzen wird nun überflüssig[14]).

## § 6.

## Versäumnis im Nachverfahren.

### I.

### Allgemeines.

Eine Bestimmung darüber, was zu geschehen hat, wenn im Nachverfahren der Fall der Versäumnis eintritt, hat die C.P.O. nur in einem Fall gegeben, nämlich für den Fall, daß im Nachverfahren des Urkundenprozesses eine Partei einen Termin versäumt. Nach § 600, Abs. 3 finden die Vorschriften über das Versäumnisurteil entsprechende Anwendung. Diese Bestimmung hätte indessen fehlen können, denn sie versteht sich von selbst, wie denn auch in den Fällen der §§ 302 und 541 eine entsprechende Vorschrift einfach fortgelassen ist[1]).

Tritt die Versäumnis im Nachverfahren auf seiten des Klägers ein, so lautet das Versäumnisurteil gegen

---

[14]) R. G. in Seufferts Archiv 40, 76; R. G. 15, 348; R. G. 6, 422 flg.; O. L. G. Rostock in Seufferts Archiv 45, 141; Petersen-Anger Nr. 6 zu § 275; v. Bülow a. a. O.; Hellmann, Lehrbuch S. 429; Planck I, 484; II, 137; Meyer in Zeitschrift 9, 342; Haas in Guchots Beitr. 34, 358 flg.; A. M. Hönemann in Gruchots Beitr. 25, 858 flg.

[1]) Ebenso Stein, Urkundenprozeß S. 327; Wach, Handbuch 1, 279.

den Kläger auf Abweisung desselben mit der Klage nach § 330 C.P.O. unter gleichzeitiger Aufhebung des Vorbehaltsurteiles[2]). Und zwar ergeht das Versäumnisurteil gegen den Kläger auch dann, wenn das Vorbehaltsurteil noch nicht rechtskräftig ist, denn nach § 330 C.P.O. bewirkt die Versäumnis eben, daß der Kläger mit seinem ganzen Anspruch abgewiesen wird[3]). Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist nach § 331 auf Grund der Annahme zu erlassen, daß das mündliche Vorbringen des Klägers zugestanden sei. Es ist hierbei gleichgültig, ob der Beklagte im Urkundenprozeß den Anspruch bestritten hat und die hiergegen gerichtete Einrede des Klägers durch eine für das Gericht im Nachverfahren an sich bindende Entscheidung für rechtlich unbegründet erklärt worden ist[4]). Weil der Anspruch im Vorbehaltsurteil — wenn auch nur bedingt — festgestellt ist, ergeht nun vorbehaltlose Verurteilung des Beklagten. Der Fall des § 331, Abs. 2, Satz 2, C.P.O., nämlich daß dann, wenn das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag nicht rechtfertigt, die Klage abzuweisen ist, kann hier nicht vorkommen. Denn, wie bereits oben[5]) gezeigt, ist der Richter des Nachverfahrens, was die rechtliche Begründung der Klage - Schlüssigkeit derselben, Klagbarkeit des Anspruchs — anlangt, nach § 318 C.P.O. an die im Vorbehaltsurteil niedergelegte

[2]) A. M. Zeitlemann, Zwischenurteil S. 20.

[3]) Gaupp-Stein, Anm. 7 zu § 600 C.P.O.

[4]) Gaupp-Stein, Anm. 7 zu § 600.

[5]) S. 12.

Auffassung gebunden. Wäre die Klage nicht schlüssig gewesen, so hätte eine Verurteilung unter Vorbehalt überhaupt nicht erfolgen dürfen. Daraus folgt, daß eine endgültige Verurteilung des Beklagten auf Grund von Versäumnis im Nachverfahren nur unter der stillschweigenden Bedingung der Rechtskraft des Vorbehaltsurteils erfolgen kann. Letzteres ist allerdings sehr bestritten.

## II.

### Verhältnis des in der Rechtsmittelinstanz des Vorverfahrens zu dem im Nachverfahren ergehenden Urteil, wenn dieses ein Versäumnisurteil ist.

### A. Die verschiedenen Ansichten hierüber.

Die herrschende Meinung[6]) behauptet, daß ein Rechtsmittel, welches gegen ein Vorbehaltsurteil eingelegt ist, dadurch gegenstandslos wird, daß nachher ein rechtskräftiges Versäumnisurteil zur Hauptsache ergeht. Die gegnerische Ansicht verneint dieses[7]). Zunächst mag bemerkt werden, daß ein Versäumniszwischenurteil nach § 347, Abs. 2 ausgeschlossen ist, denn um die Erledigung eines Zwischenstreits handelt

---

[6]) R. G. in Zivils. 14, 343; Haas bei Gruchot 34, 354; Struckmann-Koch § 275 Nr. 4; O. L. G. Rostock in Seufferts Archiv 45 Nr. 141.

[7]) Die Kommentare von Seuffert, Reincke, Gaupp-Stein, Petersen-Anger.

Ferner Stein, Urkundenprozeß S. 342 flg.; Planck, Lehrbuch II, 367; von Bülow in Gruchots Beitr. 25, 852 flg. und neuerdings Römer im „Recht“ Jahrg. 1906 S. 676 flg.

es sich hier nicht, sondern um eine Verhandlung zur Hauptsache.

Die Vertreter der erstgenannten Ansicht, vor allen Dingen das Reichsgericht[8]) gehen von dem Satz aus, daß die C.P.O. eine Gliederung des Verfahrens in bestimmte stofflich gesonderte Abschnitte nicht kenne und daß die mündliche Verhandlung, auch wenn sie sich im Laufe der Instanz über mehrere Termine erstrecke, als einheitlicher Akt anzusehen sei. Wenn sonach eine bestimmte mündliche Verhandlung aus irgend einem Grunde, z. B. durch den Erlaß eines Zwischenurteils, die Anordnung einer Beweisaufnahme usw. eine Unterbrechung erlitte, so müsse grundsätzlich in der fortgesetzten Verhandlung der ganze Streitstoff vorgebracht werden, und es stelle sich diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urteilsfällung unmittelbar vorausgehe, als die entscheidende dar, sodaß von dem erkennenden Richter nur das, was in derselben von den Parteien geltend gemacht sei, in Betracht gezogen werden dürfe. Erscheine daher der Beklagte bei dieser Verhandlung nicht, so träten die Versäumnisfolgen der §§ 330—332 C.P.O. genau ebenso ein, wie wenn sein Ausbleiben in dem ersten Verhandlungstermine erfolgt wäre. Das Ergehen des Versäumnisurteils habe dann zur Folge, daß der Inhalt der bisherigen Verhandlungen als nicht existent angesehen werde und daß Zwischenurteile ihre Bedeutung verlören. Es sei dies — kurz ausgedrückt — eine Folge, welche sich aus den Grund-

[8]) a. a. O.

sätzen der C. P. O. über die Struktur des Verfahrens und die mündliche Verhandlung, sowie aus den Vorschriften über das Versäumnisverfahren ergebe.

### B. Eigene Ansicht.

Diese Argumentation ist m. E. nicht haltbar, wie denn auch das Oberlandesgericht Rostock[9]) selbst zugibt, daß dieses Ergebnis und die Verschiedenheit der Beurteilung, je nachdem das rechtskräftig gewordene Urteil in der Hauptsache ein kontradiktorisches[10]) oder ein Versäumnisurteil ist, praktisch nicht zusagt. Bedenklich scheint allerdings die Ansicht von Stein[11]), der in dem § 347, 2 C. P. O. ein ausdehnungsfähiges Prinzip erblickt und zum Beweise hierfür auf die §§ 321, 351, 465 und 542 hinweist, die die Versäumnisfolgen auf den Gegenstand des konkreten Verhandlungstermines beschränken. Hieraus könnte man im Gegenteil gerade ein Argument für die bekämpfte Ansicht entnehmen, indem die angezogenen Paragraphen als Ausnahmen zu betrachten wären von dem allgemeinen Prinzip, welches die C. P. O. für die Versäumnis aufstellt und deshalb im Gesetz besonders hervorgehoben seien.

Der Fehler des Reichsgerichts besteht zunächst, wie Römer[12]) betreffend hervorhebt, in der Gleich-

[9]) Mecklbg. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 8, 293; auch in Seufferts Archiv 45, 141.

[10]) Vergl. oben S. 32 flg.

[11]) Urkundenprozeß S. 343.

[12]) im „Recht" Jahrg. 1906 S. 676 flg.

stellung des Zwischenurteils mit einem Beweisbeschluß. Letzterer ist lediglich eine prozeßleitende Verfügung, an die das Gericht in keiner Weise gebunden ist. Dagegen ist das Zwischenurteil für das erkennende Gericht nach § 318 bindend, und es ist nicht einzusehen, weshalb dies bei Fällung eines Versäumnisendurteils anders sein sollte. Mit Recht erwähnt Planck [13]), daß hiergegen nicht der Grundsatz der Einheit der Verhandlung ins Feld geführt werden könne, denn dieser Grundsatz wird eben durchbrochen, sobald das Gericht durch Erlaß von Zwischenurteilen ausnahmsweise eine Gliederung des sonst einheitlichen Verfahrens vornimmt [14]). Daß aber durch ein Zwischenurteil und also auch durch ein Vorbehaltsurteil, da das letztere ja auch Zwischenurteil ist [15]), — soweit es Endurteil ist, findet so wie so der Grundsatz der Einheit der Verhandlung keine Anwendung — die Einheit der mündlichen Verhandlung tatsächlich durchbrochen wird, geht ganz klar daraus hervor, daß für das Verfahren nach dem Zwischenurteil bezw. Vorbehaltsurteil der durch dieses erledigte Teil des Prozeßstoffs abgetan ist [16]), denn es können von dem Beklagten in dem

[13]) Lehrbuch II, 367.

[14]) So Römer a. a. O.; Planck a. a. O.; Gaupp-Stein Anm. 1 zu § 303, der wörtlich sagt, daß der Erlaß eines Zwischenurteils sonach eine vom Gericht vorgenommene Gliederung der sonst einheitlichen mündlichen Verhandlung bedeute.

[15]) Vergl. oben S. 13.

[16]) Eine Ausnahme besteht natürlich für den Urkundenprozeß, wo das im Vorverfahren wegen der beschränkten

Nachverfahren Einwendungen gegen die durch das Vorbehaltsurteil für die betr. Instanz erledigten Behauptungen des Klägers nicht mehr erhoben werden.

Da nun also die Vorbehaltsurteile, soweit sie Zwischenurteile sind, genau so wie jedes andere gewöhnliche Zwischenurteil im Verhältnis zu dem nachfolgenden Endurteil, für den Fall der im Nachverfahren eintretenden Versäumnis, antizipierte Bestandteile des Versäumnisendurteils bilden, so zerstört der Beklagte, wenn er in der Rechtsmittelinstanz die Aufhebung des Vorbehaltsurteils erreicht, hiermit diesen vorweggenommenen Bestandteil, der eine notwendige Voraussetzung des Versäumnisendurteils darstellt, gleichgültig, ob dieses bereits in Rechtskraft erwachsen ist oder nicht [17]).

Wir kommen also zu dem gleichen Resultat, wie oben [18]) bei der Untersuchung des Verhältnisses des Vorbehaltsurteiles zu einem nachfolgenden, früher als dieses rechtskräftig werdenden kontradiktorischen Endurteile: Nämlich, daß auch hier das dem Vorbehaltsurteil folgende Nachverfahren immer nur ein eventuelles sein kann. Sobald das Vorbehaltsurteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird, wird damit auch das Versäumnisurteil hinfällig, auch wenn es bereits rechtskräftig ist.

---

Kognition nicht Erledigte im Nachverfahren ergänzt oder berichtigt werden kann.

[17]) So Planck, Lehrbuch II, 367.

[18]) S. 32 flg.

## § 7.

## Einfluß des Vorverfahrens auf das Nachverfahren.

Die Zivilprozeßordnung hat einzelne Bestimmungen darüber, was im Nachverfahren nach den Vorbehaltsurteilen zulässig bezw. unzulässig ist, nicht gegeben. Die Fälle der §§ 302 und 541 C.P.O. scheiden bei dieser Betrachtung selbstverständlich aus, da hier das Nachverfahren nicht, wie bei dem Nachverfahren des Urkundenprozesses, zur Ergänzung des bisherigen Prozeßstoffes dient, sondern nur die Aufrechnung bezw. die vorbehaltenen Verteidigungsmittel zum Gegenstande hat, also sich mit einer ganz neuen Sache zu befassen hat, nämlich damit, ob die vorbehaltene Gegenforderung bezw. die vorbehaltenen Verteidigungsmittel begründet sind.

Wie schon oben einmal hervorgehoben, zielt das Vorverfahren nicht von vornherein auf ein Nachverfahren ab. Wenn aber einmal ein Nachverfahren im Gange ist, so ist Vor- und Nachverfahren, rückwärts betrachtet, als ein Prozeß anzusehen. Daher bestehen denn auch, wie die Motive[1]) sich ausdrücken, alle Verhandlungen des Urkundenprozesses auch für das ordentliche Verfahren; sowohl Erklärungen, als Unterlassungen von Erklärungen wirken fort, soweit sie in dem ordentlichen Verfahren aus einer früheren Verhandlung fortwirken. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit dauern für das ganze Verfahren, vom Zeit-

[1]) S. 395.

punkt der Erhebung der Klage im Vorverfahren an. Daraus folgt, daß — da nach § 263 Abs. 2 die Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch eine Veränderuug der sie begründenden Umstände nicht berührt wird — die Zuständigkeit auch im Nachverfahren fortdauert, auch wenn der Wert des Streitgegenstandes sich im Laufe des Rechtsstreits verändert hat, sei es, daß er nun die Zuständigkeit des anfänglich zuständigen höheren Gerichts nicht mehr erreicht, sei es, daß er über die Zuständigkeit des anfänglich zuständigen niederen Gerichts jetzt hinausgeht[2]). Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts kann also im Nachverfahren nicht mehr vorgebracht werden.

Ebenso ist das Vorbringen eines neuen Klagegrundes unzulässig[3]), weil nach § 600 Abs. 1 C.P.O. der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt und außerdem der Vorbehalt ja auch nur zugunsten des Beklagten ergehen kann. Eine Ausnahme bilden nur die besonderen Fälle der §§ 264, 269, 527 C.P.O. Abgesehen hiervon können die Parteien in dem Nachverfahren bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, nach § 278 C.P.O. neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen.

Zu den früheren Prozeßhandlungen des Gerichts, sowie der Parteien, die ihre Gültigkeit auch für das Nachverfahren behalten, rechnen vor allen Dingen:

---

[2]) Vgl. Gaupp-Stein IV zu § 600.

[3]) Vgl. Gaupp-Stein II, 185.

Das gerichtliche Geständnis von Tatsachen[4]), Beweisaufnahmen, Anerkennung der Echtheit von Urkunden, Eidesleistung (§ 463 C.P.O.)[5]). Die Sache liegt natürlich anders, wenn im Nachverfahren Anfechtung wegen Verletzung der Eidespflicht erfolgt[6]). Ferner rechnet hierher die Verweigerung der Eidesleistung (§ 464 Abs. 2)[7]), die Erlassung des Eides nach erfolgter Auferlegung (§ 464 Abs. 1).

Tatsachen können also nur widerrufen werden, wenn der Betreffende die im § 290 C.P.O. angegebenen Voraussetzungen für den Widerruf nachweist. Dagegen können solche Tatsachen, die im Vorverfahren nicht ausdrücklich bestritten worden sind und also gemäß § 138 Abs. 2 als zugestanden gelten, im Nachverfahren bestritten werden. Genau so verhält es sich mit der unterbliebenen Erklärung über die Echtheit einer Urkunde, die, wenn die Echtheit nicht bestritten wird, nach § 439, 3 C.P.O. als anerkannt gilt, und mit den unterbliebenen Erklärungen über ev. Eideszuschiebungen[8]). Dies ist wenigstens die herrschende

[4]) R. G. im Sächs. Arch. 13, 83.

[5]) R. G. 13, 399; 14, 220; 18, 380; Bayr. O.L.G. 15, 65; Bl. für R.-Anw. 59, 346; O.L.G. Hamburg in Hans. Ger.-Ztg. 18, 52.

[6]) R. G. in Zivils. 14, 323 flg.

[7]) R. G. in Gruchots Beitr. 30, 1159 flg.; Hans. Ger.-Ztg. 13, 239; Bayr. O.L.G. in Bl. für R.-Anw. 59, 346.

[8]) Vgl. Rspr. der O.L.G. von Mugdan und Falkmann 11, 91.

Meinung[9]). Denn, wenn die C.P.O. im § 531 die Nachholung von unterlassenen Prozeßhandlungen für die Berufung gestattet, deren Zweck doch nur sekundär die Ergänzung ist, so muß auch dasselbe für das Nachverfahren gelten, deren Zweck lediglich und allein die Ergänzung ist[10]). Es bestand allerdings früher eine lebhafte Kontroverse darüber, ob Rechtsnachteile, welche wegen Unterlassung einer Prozeßhandlung, z. B. von Erklärungen auf Tatsachen, Urkunden oder Eiden bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung eingetreten sind, fortwirkten oder nicht. Im Sinn der ersten Alternative entschieden sich viele Schriftsteller auf Grund des wenig klaren Ausdrucks der Motive[11]), welche sagen, daß das Unterlassen von Erklärungen fortwirke, soweit es im ordentlichen Verfahren aus einer früheren Verhandlung fortwirke. Stein[12]) bemerkt hierzu, daß die Motive an und für sich das Richtige sagen, insofern, da im ordentlichen Verfahren eine Fortwirkung des Unterlassens nach § 278 und § 531 C.P.O. nicht stattfindet, auch hier eine Fortwirkung nicht stattfindet, daß man aber aus der Heranziehung von § 685 N. E. und einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[13]) das Gegenteil von dem schließen muß, was die Motive tatsächlich aussprechen. Damit dürfte diese Streitfrage erledigt sein.

---

[9]) A. M. nur Wilmowski-Levy, Bem. 1 zu § 563 a. F.

[10]) So auch Stein, Urkundenproz. S. 320.

[11]) S. 355.

[12]) Urkundenproz. S. 321.

[13]) 2, 344.

Da wie schon oben erörtert, das Vorbehaltsurteil im Urkundenprozeß, soweit es nicht auf der dem Urkundenprozeß eigentümlichen Beschränkung der Beweisführung beruht, für das Nachverfahren die Bedeutung eines Zwischenurteils hat, das Gericht also nach § 318 C. P. O. im Nachverfahren an dieses Urteil gebunden ist, so ist die Geltendmachung von Verteidigungsmitteln im Nachverfahren ausgeschlossen, die bereits im Vorverfahren als materiell unbegründet — im Gegensatz zu den nach § 598 C. P. O. als im Urkundenprozeß unstatthaft zurückgewiesenen — verworfen worden sind[14]). Auch kann im Nachverfahren die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift nach § 295 C. P. O. nicht mehr gerügt werden; ebenso ist das Vorbringen von prozeßhindernden Einreden ausgeschlossen.

Dagegen können von Seiten des Beklagten solche Verteidigungsmittel geltend gemacht werden, die gemäß § 598 C. P. O. als im Urkundenprozeß unstatthaft zurückgewiesen sind[15]), damit für sie nun im Nach-

[14]) Vgl. hierzu R. G. in Sächs. Archiv 13, 83; Gruchots Beitr. 26, 841; 43, 1243; Seufferts Archiv 37, 349; 55, 245; Jur. Wochenschr. 1885, S. 6 Nr. 7, 1895 S. 384 Nr. 22, 1900 S. 273 Nr. 4; Gruchots Beitr. 39, 1145; Bl. f. R.-Anw. 65, 435; O. L. G. Marienwerder in Seufferts Archiv 48, 228; O. L. G. Hamburg in Hans. Ger.-Ztg. 17, 71; Kammergericht in Seufferts Archiv 50, 59; O. L. G. Celle in Seufferts Archiv 53, 131.

[15]) R. G. in Gruchots Beitr. 45, 112; R. G. in Jur.

verfahren neue erhebliche Beweise beigebracht werden. Desgleichen können auch ganz neue Einwendungen, die im Urkundenprozeß überhaupt noch nicht vorgebracht waren, jetzt im Nachverfahren vorgebracht werden[16]). Das Reichsgericht[17]) formuliert einen allgemeinen Grundsatz dahin, daß im Nachverfahren alle Einreden zulässig sind, die im Urkundenprozeß nicht vorgebracht oder, obwohl vorgebracht, nicht unter den zulässigen Beweis gestellt oder nur unvollständig bewiesen waren; nicht aber Einreden, die der Richter im Urkundenprozeß aus Rechtsgründen oder weil sie durch die Beweisaufnahme widerlegt seien, verworfen hatte.

Daß die Einwendungen übrigens bereits vor dem Erlaß des Vorbehaltsurteils bestanden haben, ist nicht nötig, sie können ebensogut erst nachher entstanden sein, denn das Nachverfahren hat den Charakter der Prozeßfortsetzung[18]). So ist z. B. im Nachverfahren des Urkundenprozesses der Einwand zulässig, daß der Kläger nach Erlaß des Vorbehaltsurteiles den Wechsel einem anderen Wechselschuldner herausgegeben und

Wochenschr. 1882, S. 66; O. L. G. Karlsruhe in Seufferts Archiv 37 Nr. 350; R. G. 14, 322 flg.; R. G. in Seufferts Archiv 55, S. 471.

[16]) R. G. in Seufferts Archiv 37, 349; Gruchots Beitr. 39, 1148; R. G. 14, 105; Kammergericht in Seufferts Archiv 50, 59.

[17]) In der Jur. Wochenschr. 1895, S. 385.

[18]) Vgl. hierzu R. G. in Civils. 45, 429; Kammergericht in Bl. f. R.-pflege im Bez. des K.-G. 5, 57.

damit seine Sachlegitimation verloren habe[19]). Desgleichen kann eine erst nach Erlaß des Vorbehaltsurteils entstandene Gegenforderung zur Kompensation gestellt werden[20]).

## § 8.

## Schadensersatz.

### I.

### Art der Ersatzpflicht.

Für den Fall, daß sich in dem Nachverfahren der §§ 302, 541, 600 C. P. O. ergibt, daß der Anspruch des Klägers unbegründet war und infolgedessen unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils der Kläger mit seinem Anspruch abzuweisen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden ist, hat die Civilprozeßordnung eine Ersatzpflicht des Klägers dem Beklagten gegenüber statuiert. Und zwar formuliert das Gesetz die Ersatzpflicht in den §§ 302 und 600 als Schadensersatzpflicht dahin, daß „der Kläger zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist". Im § 541 C. P. O. dagegen bestimmt sich die „Erstattungspflicht nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung". Das Gesetz unterscheidet also zwischen den §§ 302 und 600

[19]) R. G. in Bl. f. R.-pflege im Bez. des Kammergerichts 1900, S. 24.

[20]) O. L. G. Colmar in Buschs Zeitschrift 21, 89.

C. P. O. einerseits und dem § 541 C. P. O. andererseits. Dort ist der Kläger unabhängig von der Frage, ob ihn ein Verschulden trifft, verpflichtet, dem Beklagten den Schaden zu ersetzen, welcher dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Hier dagegen geht die Verpflichtung nicht auf Schadensersatz, sondern nur auf Herausgabe des Erlangten nach den Vorschriften des B. G. B. § 812 flg. über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Ratio des Gesetzes bei dieser verschiedenen Behandlung der Erstattungspflicht ist die, daß der Beklagte an der Zurückweisung seiner verspätet vorgebrachten Verteidigungsmittel bezw. Einreden selbst schuld ist; er hätte sie früher vorbringen können[1]). Der Kläger hat hier also nur das herauszugeben, was er durch die Leistung des Beklagten oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten erlangt hat. Nach § 818 B. G. B. erstreckt sich die Herausgabe nur auf die gezogenen Nutzungen, sowie auf dasjenige, was der Kläger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben hat. Soweit der Kläger nicht mehr bereichert ist, ist die Ersatzpflicht überhaupt ausgeschlossen.

So praktisch und zweckentsprechend diese im § 541 Abs. 2 Satz 2 für die Erstattungspflicht des

---

[1]) Vgl. Hahn, Material zu den Reichs-Justiznovellen, S. 713 flg.

Klägers gegebene Vorschrift auch auf den ersten Blick scheinen mag, so bedeutet sie doch bei näherer Betrachtung nichts weiter, als ein Danaergeschenk für den herausgabepflichtigen Kläger. Denn wenn sonst in den Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung der ungerechtfertigt Bereicherte nach § 818 Abs. 4 B. G. B. von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an erst nach den allgemeinen Vorschriften haftet, so haftet er im Fall des § 541 Abs. 2 stets nach den allgemeinen Vorschriften und niemals nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, und zwar deswegen, weil nach § 541 Abs. 2 Satz 3 für den Fall, daß der Antrag auf Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten gestellt wird, der Anspruch auf Erstattung schon als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden, anzusehen ist[2]). Hierauf ist m. W. noch nirgends aufmerksam gemacht.

## II.

### Geltendmachung des Ersatzanspruchs.

Was nun den Schadensersatzanspruch betrifft, so hat das Gesetz dem Beklagten insofern eine Erleichterung verschafft, als es ihm gestattet, diesen Anspruch in dem anhängigen Verfahren zum Austrag zu bringen, ohne daß es der Erhebung einer besonderen Klage bedürfte. Indessen ist der Beklagte nicht

[2]) Dies übersieht z. B. u. a. Keidel in Seufferts Bl. für R.-Anw., Jahrg. 1900, Bd. 65, S. 122.

gehindert, den letzteren Weg zu gehen; er wird es tun, wenn es ihm auf einen vollständigen Instanzenzug ankommt[3]), er wird es nicht tun, wenn es ihm um den möglichst frühen Eintritt der materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit zu tun ist[4]).

Die Geltendmachung erfolgt durch einfachen Inzidentantrag in der mündlichen Verhandlung. Der rechtliche Charakter dieses Antrags ist unklar und verschwommen. Gaupp[5]) spricht ihm die Eigenschaft einer Widerklage ab. Ebenso Kohler[6]), der den Antrag analog dem Antrag auf Kostenersatz behandelt wissen will, woraus sich von selbst ergebe, daß, wie der Kostenersatzantrag, so auch dieser Restitutionsantrag, in jeder Instanz gestellt werden könne. Nach Seuffert[7]) läuft er auf eine Widerklage hinaus, die aber wegen des engen Zusammenhangs mit der Klage formell nicht als Widerklage behandelt werde. Das letztere ist jedenfalls richtig. So läßt das Reichsgericht es zu, daß der Antrag in der Berufungsinstanz ohne die — sonst bei der Widerklage erforderliche — Einwilligung des Beklagten gestellt und sogar in der Revisionsinstanz neu vorgebracht werden kann[8]). Ich möchte mich hierin der Ansicht von Kohler anschließen.

---

[3]) Vgl. Novelle 171, 174.

[4]) Vgl. hierüber das Nähere unten S. 56 flg.

[5]) Anm. 3 zu § 717 C. P. O.

[6]) Prozeß als Rechtsverhältnis S. 140.

[7]) Anm. 5c zu § 302.

[8]) R. G. in Civils. 27, 41; 34, 384.

Sofern in dem Fall, daß der Antrag in der Revisionsinstanz gestellt wird, über den Anspruch auf Schadensersatz nicht ohne weitere Verhandlung entschieden werden kann, muß das Revisionsgericht die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen[9]).

## III.

### Einwendungen gegen den Ersatzanspruch.

Bestritten ist, ob der Kläger in der Verhandlung über den Ersatzanspruch Einwendungen, wie z. B. Zahlung, Erlaß, Aufrechnung geltend machen kann. Das Reichsgericht[10]) ist für den entsprechenden Fall des § 717 Abs. 2 C. P. O. der Ansicht, daß der Kläger die Verurteilung zur Rückerstattung weder mit Kompensationseinreden, noch mit sonstigen Einwendungen abwenden kann. Zur Begründung führt es an, daß sich dies aus der Fassung und dem erkennbaren Zwecke des Paragraphen deutlich ergebe. Danach wäre, soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert werde, der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen. Und da nun mit der Aufhebung oder Abänderung der verurteilenden Entscheidung der vollstreckbare Titel fortfalle, auf Grund dessen die Zahlung oder Leistung stattgefunden habe, so resultiere

---

[9]) Vgl. R. G. in Civils. 27, 44.

[10]) 34, 354 flg.

hieraus nach dem Gesetz die unbedingte Verpflichtung des Klägers, das Gezahlte bezw. Geleistete dem Beklagten auf dessen Antrag zurückzuerstatten.

Diesen Deduktionen ist für die Fassung, die der jetzige § 717 Abs. 2 in der alten Civilprozeßordnung hatte (655 Abs. 2 d. Ges. a. F.) unbedenklich beizupflichten. Der Abs. 2 des § 655 lautete: „Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen." Es lag also in der Anordnung der Erstattung lediglich eine prozessuale Maßregel, der materiellrechtliche Einwendungen nicht entgegengesetzt werden durften. Anders verhält es sich mit der jetzigen Fassung des Abs. 2, wo ein nach materiellem Recht zu beurteilender Schadensersatzanspruch statuiert ist. Diesem gegenüber sind auch materiellrechtliche Einwendungen zulässig [11]).

## IV.

### Rechtshängigkeit des Ersatzanspruchs.

Für den Fall, daß der Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreit geltend gemacht

---

[11]) So auch Sydow-Busch, Anm. 3 zu § 717 C.P.O.; Seuffert, Anm. 5c zu § 302, der aber auch für die alte Fassung des jetzigen § 717, 2 die hier nur für die neue Fassung vertretene Ansicht zu verteidigen scheint.

wird, hat das Gesetz die Rechtshängigkeit des Erstattungsanspruchs auf die Zeit der Zahlung oder Leistung des Beklagten festgesetzt, während es sonst die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs mit dem Zeitpunkte eintreten läßt, in welchem dieser Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird [12]).

Durch diese Zurückdatierung der Wirkungen der Rechtshängigkeit auf die Zeit der Zahlung oder Leistung wird, was zunächst die materiellrechtlichen Wirkungen anlangt, bewirkt, daß der Kläger eine Geldschuld von der Zeit der Zahlung an nach dem gesetzlichen Zinsfüße zu verzinsen hat [13]). Hat der Kläger einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so erhöht sich vom Zeitpunkt der Leistung an seine Haftung wegen Verschlechterung, Untergangs etc. Außerdem wird die Verjährung des Entschädigungsanspruchs von dem bez. Zeitpunkte an unterbrochen [14]).

Weniger von praktischer Bedeutung ist diese Zurückdatierung für die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit. Sie kann es, wie Seuffert [15]) bemerkt, höchstens in dem Fall sein, daß für einen vor dem Antrage bereits anhängigen Prozeß über den Entschädigungsanspruch nachträglich die Einrede der Rechtshängigkeit aus der späteren Antragstellung erwächst, wie wenn die Antragstellung schon zur

[12]) § 281 C. P. O.

[13]) §§ 246, 291 B. G. B.

[14]) Vergl. Seuffert, in Zeitschrift 22, 333 flg.

[15]) a. a. O.

Zeit der Zahlung bezw. Leistung erfolgt wäre. Indessen ist dieser Fall, wie Seuffert[16]) selbst zugibt, so gesucht, daß er wohl kaum vorkommen dürfte.

Im § 541 C. P. O. werden diese Bestimmungen bezüglich des Eintritts der Wirkungen der Rechtshängigkeit dahin modifiziert, daß „die mit der Rechtshängigkeit nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verbundenen Wirkungen mit der Zahlung oder Leistung auch dann eintreten, wenn der Antrag nicht gestellt wird." Es treten mit anderen Worten die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit ohne Rücksicht auf Stellung des Antrags mit dem Moment des Empfangs der zurückzuerstattenden Leistung ein, während die prozeßrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit erst eintreten, wenn der Antrag auf Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten gestellt worden ist, dann aber auf den Zeitpunkt der Zahlung bezw. Leistung zurückbezogen werden. Hieraus geht hervor, daß der Beklagte seinen Anspruch auf Zurückerstattung nicht im Nachverfahren geltend zu machen braucht, sondern ihn auch zum Gegenstand eines besonderen Rechtsstreites machen kann, ohne dadurch — darin besteht die Abweichung von den Vorschriften in den §§ 302 und 600 — der Vorteile, namentlich der Zinsen, verlustig zu gehen, die sich für ihn eben daraus ergeben, daß die mit der Rechtshängigkeit nach den Vorschriften

[16]) a. a. O.

des bürgerlichen Rechts verbundenen Wirkungen auch ohne Stellung des Antrags mit der Zahlung oder Leistung von selbst eintreten [17]).

## § 9.

## Einfluß des Konkurses auf das Nachverfahren [1]).

### I.

### Allgemeines.

Wird während des Schwebens des Nachverfahrens über das Vermögen einer von beiden Parteien das Konkursverfahren eröffnet, so tritt nach § 240 C.P.O. eine Unterbrechung des Verfahrens ein, und zwar solange, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen (§§ 10, 11 K.O.) aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird. Wird das Verfahren aufgenommen, so muß man zunächst unterscheiden zwischen Prozessen über die Aktivmasse und Prozessen über die Passivmasse, je nachdem von dem Ausgang des Rechtsstreits ein höherer oder geringerer Bestand der Teilungsmasse oder der Schuldenmasse abhängt. Die Prozesse über die Aktivmasse scheidet das Gesetz wieder in solche, die für den Gemeinschuldner anhängig sind (§ 10 K.O.) – Aktivprozesse

---

[17]) Vergl. Seuffert in Busch' Zeitschrift 22, 344 flg.; Keidel in Seufferts Bl. für R.-Anw. 1900, 65, 122.

[1]) Vergl. hierüber hauptsächlich Stein, Urkundenprozeß S. 352 flg.

über die Aktivmasse — und in solche, die gegen ihn anhängig sind (§ 11 K. O.) — Passivprozesse über die Aktivmasse.

## II.

### Prozesse über die Aktivmasse.

### A. Aktivprozesse über die Aktivmasse im Nachverfahren.

Ist der Kläger während des Schwebens des Nachverfahrens in Vermögensverfall geraten, so ist Gegenstand des Nachverfahrens der dem Gemeinschuldner zustehende Anspruch, oder — wenn die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung von Seiten des Beklagten abgewendet ist — das ihm zustehende Recht auf Ausantwortung der hinterlegten Summe. Denn da der Beklagte nur provisorisch verurteilt ist, so kann der Beklagte die zur Konkursmasse des Klägers gezahlte Wechselsumme als Massegläubiger nach § 59 Nr. 3 K. O. zurückfordern, sobald das Vorbehaltsurteil aufgehoben ist[2]).

Wenn umgekehrt der Beklagte in Konkurs geraten ist, so kann ebenfalls das Nachverfahren sich als Aktivprozeß über die Aktivmasse darstellen, so paradox dies auch erst klingt. Dies ist dann der Fall, wenn das Vorbehaltsurteil gegen den Gemeindeschuldner entweder ohne Sicherheit oder gegen eine vom Kläger gestellte Sicherheit vollstreckt ist. Denn hier bildet

---

[2]) Vgl. hierzu besonders Entsch. des R. O. H. G. 19 112 flg.

den Zweck des Nachverfahrens die Rückgewähr des Geleisteten bezw. die Ausantwortung der Sicherheit. Es ist dies jetzt die herrschende Auslegung des § 10 K. O. [3]).

## B. Passivprozesse über die Aktivmasse im Nachverfahren.

Im Konkurse des Beklagten hat der Kläger als der Gläubiger, wenn der Beklagte zum Zweck der Abwendung der Zwangsvollstreckung Sicherheit geleistet hat, nach § 233 B. G. B. ein Pfandrecht [4]) an dem Hinterlegten und er macht nun im Nachverfahren den Anspruch auf abgesonderte Befriedigung geltend.

Im Konkurse des Klägers liegt ein Passivprozeß zur Aktivmasse im Nachverfahren vor, wenn der

[3]) Vgl. Entsch. des R. G. v. 12. V. 86 in Seufferts Bl. für R.-Anw. Bd. 51 S. 360 flg.; R. G. 11, 398 flg., hauptsächlich aber L. G. Bremen in Busch' Ztschr. 10, 390, wo treffend nachgewiesen wird, daß jeder Rechtsstreit für den Gemeinschuldner anhängig genannt werden muß, in welchem es sich nicht bloß darum handelt, einen Angriff der Gegenpartei abzuwehren, sondern auch oder nur darum, ein vom Gemeinschuldner in Anspruch genommenes Recht zu verfolgen, mag der Gemeinschuldner sich dabei formell auch in der Rolle des Beklagten befinden.

[4]) Vgl. R. G. 12, 222 flg., wo bereits ausgeführt wird, daß die rechtliche Natur der prozessualen Sicherheitsleistung die einer Verpfändung ist, daß der Verpfändungswille vom Gesetze unterstellt wird und zugunsten des Gläubigers auch gegen Dritte wirkt.

Kläger das von ihm erwirkte Vorbehaltsurteil gegen eine von ihm geleistete Sicherheit hat vollstrecken lassen und nun der Konkurs über sein Vermögen ausbricht. Dann erwirbt der Beklagte ein Pfandrecht für seinen Anspruch auf Rückerstattung des Gezahlten. Hat ferner der Beklagte auf Grund des gegen ihn ergangenen Vorbehaltsurteiles erst gezahlt, nachdem der Kläger in Vermögensverfall geraten ist, so ist die von seiten des Beklagten gegen den Kläger angestrengte Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung eine Masseschuld.

## III.

### Prozesse über die Passivmasse.

Die anhängigen Prozesse über die Passivmasse — es kommen nur Passivprozesse vor — sind diejenigen, worin sich das von dem Prozeßgegner gegen den Gemeinschuldner in Anspruch genommene Recht — im Gegensatz zu den Passivprozessen zur Aktivmasse nach § 11 K. O. — nach der Konkurseröffnung als eine Konkursforderung darstellt[5]). Die Fälle, daß hier während des Nachverfahrens der Vermögensverfall in der Person des Klägers oder Beklagten eintritt, bieten nichts besonderes. Bricht während des Schwebens des Nachverfahrens über das Vermögen des Beklagten der Konkurs aus, so ist die Feststellung der Forderung nach § 146 Abs. 3 K. O. durch Aufnahme des Rechts-

[5]) Fitting, Konkursrecht S. 79.

streits zu verfolgen. Eine Modifikation erleidet die Aufnahme, wenn die Konkurseröffnung erfolgt nach Erlaß des Vorbehaltsurteils, aber vor dessen Vollstreckung. Nach § 146 Abs. 6 K. O. ist dann der Widerspruch gegen die Forderung von dem Widersprechenden zu verfolgen [6]).

Auch im Konkurse des Klägers stellt sich das Nachverfahren als ein Prozeß zur Passivmasse dar [7]). Gegenstand dieses Prozesses ist die Rückgewähr des vom Beklagten auf Grund des gegen ihn ergangenen Vorbehaltsurteils an den gemeinschuldnerischen Kläger Geleisteten.

## § 10.

## Kosten.

Im Vorbehaltsurteil ist zugleich auch über die Kosten des Rechtsstreits zu erkennen, genau so wie ein erstinstanzliches Urteil über die Kosten entscheiden muß, obgleich es der Korrektur eines höheren Gerichts unterliegt [1]). Allerdings ist diese Entscheidung, da der Beklagte durch das Vorbehaltsurteil nur provisorisch verurteilt werden kann, ebenfalls nur eine vorläufige; den Titel für die Erstattung aller erwachsenen Kosten bildet natürlich das Schlußurteil [2]).

---

[6]) Vgl. Stein, Urkundenprozeß S. 357.

[7]) Vgl. das Analogon oben sub I A a. E. und Anm. 2.

[1]) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 138.

[2]) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann, 7, 299.

Daß über die Kosten im Vorbehaltsurteil entschieden werden muß, geht einmal hervor aus den sich in der Civilprozeßordnung bei den Vorbehaltsurteilen findenden speziellen Bestimmungen der §§ 302, 4; 541, 2; 600, 2; wo jedesmal hervorgehoben wird, daß für den Fall, daß sich im Nachverfahren der Anspruch des Klägers als unbegründet herausstellt, das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und über die Kosten anderweit zu entscheiden ist. Dies setzt voraus, daß in dem früheren Urteil ebenfalls schon der Kostenpunkt mitentschieden war[3]). Aber auch abgesehen hiervon, muß im Vorbehaltsurteil über die Kosten entschieden werden, weil es ein resolutiv-bedingtes Endurteil ist. Denn ein solches stellt sich dar als ein unbedingtes, reines Endurteil, verbunden mit einer auf Aufhebung des letzteren gerichteten Suspensiv-Bedingung. In jedem unbedingten Endurteil ist aber über die Kosten zu entscheiden, im Gegensatz zum suspensiv-bedingten — Eid- — Urteil, in dem nach § 462 auch über die Kosten nur zu entscheiden ist, soweit dies nach Lage der Sache möglich ist, soweit dies nicht der Fall, die Entscheidung des Kostenpunktes dem späteren Schlußurteil vorbehalten werden kann[4]) [5]).

---

[3]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts in der Jur. Wochenschrift 1897, S. 563, Nr. 8; Kleinfeller, Lehrbuch, S. 699.

[4]) Vgl. Gaupp-Stein, Anm. 1 zu § 462; Seuffert, Anm. 3 zu § 91 a. E.

[5]) Dafür, daß im Vorbehaltsurteil über die Kosten

Struckmann-Koch[6]) sind der Meinung, daß über die Kosten nicht notwendig im Vorbehaltsurteil entschieden zu werden braucht. Es ist dies eine Konsequenz ihrer Auffassung des Vorbehaltsurteils als Zwischenurteil.

---

entschieden werden muß, u. a. Gaupp-Stein I, 265; Seuffert I, 154 oben, letzterer ohne Begründung.

[6]) I, 401 Anm. 2 a. E.